

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

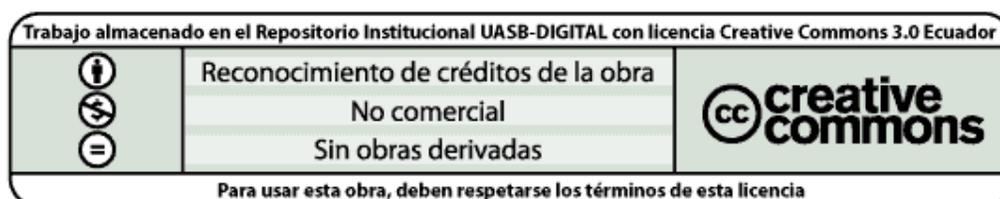
Programa de Maestría en Derecho

Mención Derecho Penal

“La Calidad de la Defensa Técnica Penal
Pública Ecuatoriana”

Julio Edgar Benavides Montenegro

2012



Yo, JULIO EDGAR BENAVIDES MONTENEGRO, autor de la Tesis intitulada **“LA CALIDAD DE LA DEFENSA TECNICA PENAL PUBLICA ECUATORIANA,** mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención` del título de MAGISTER EN DERECHO PENAL, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.....

Julio Edgar Benavides Montenegro

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención Derecho Penal

“La Calidad de la Defensa Técnica Pública
Ecuatoriana”

Julio Edgar Benavides Montenegro
Tutor: Dr. Milton Román Márquez.

Quito-Ecuador

2012

ABSTRACT

El presente trabajo titulado “La Calidad de la Defensa Técnica Pública” tiene como propósito hacer un estudio de la garantía constitucional, como es el derecho a la defensa que tenemos todos los seres humanos, a través de la defensa penal pública, como una de las garantías básicas del debido proceso, como un derecho universal.

Con la vigencia de la actual Constitución de la República del Ecuador, se ha puesto mayor énfasis a las garantías básicas del derecho al debido proceso, (Art. 76) y en especial, a aquella garantía que tenemos las personas de ser asistido por un abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público, y en caso de no poder designar un abogado particular, el estado tiene la obligación de proporcionarle un defensor público, tal como lo dispone el artículo 77 numeral 4 de la Constitución; es por esto que el estado ha creado la Defensoría Pública, la misma que de acuerdo a la Carta Magna, (Art. 191), tiene como fin “garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos”

En el presente trabajo, se establecerán pautas o parámetros para que se les pueda exigir a los Defensores Públicos mayor responsabilidad y razonamiento jurídico en sus actuaciones al asumir una defensa, y de esta forma se puedan involucrar en el garantismo penal y en el nuevo constitucionalismo; pero para que estos objetivos se hagan realidad, en este trabajo, se han abordado tácticas y estrategias, para que la defensa pública sea efectiva, y esta no puede tener lugar sino mediante una defensa técnica penal pública pero de calidad.

DEDICATORIA

*Para Myriam Cecilia, mi mujer amada;
para Carlos Julio, Cesar Augusto, Miguel
Alejandro y Dayana Michelle, mis
queridos hijos; ella y ellos son la razón de
mi existencia y mi deseo de superación.*

INDICE

| | |
|----------------|----|
| Introducción.- | 10 |
|----------------|----|

CAPITULO I

LA CALIDAD DE LA DEFENSA TÉCNICA PÚBLICA ECUATORIANA

1.- EL DEFENSOR PÚBLICO Y EL DERECHO A LA DEFENSA EN LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

| | |
|---|----|
| 1.1.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el respeto y garantías del ejercicio de los derechos humanos..... | 14 |
| - Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. | |
| 1.2.- Jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el Derecho a la Defensa..... | 17 |
| - Caso Barreto Leiva vs. Venezuela..... | 17 |
| - Caso Tibi vs. Ecuador..... | 19 |
| 1.3.- Jurisprudencia Ecuatoriana que analiza el Derecho a la Defensa..... | 21 |
| 1.4.- Jurisprudencia Española sobre los medios de prueba para su propia defensa.... | 23 |
| 1.5.- La asistencia del abogado defensor público desde el inicio del proceso penal... .. | 24 |
| 1.6.- El irrenunciable derecho a la defensa protegido por el Derecho Internacional... .. | 27 |
| 1.6.1.- Jurisprudencia Colombiana sobre la Nulidad por Falta de Defensa Técnica. | 35 |
| 1.7.- La entrevista previa y la escucha activa del defensor público..... | 41 |
| 1.7.1.- Ambiente de confianza mutua;..... | 44 |
| 1.7.2.- Compromiso ético del profesional al asumir la defensa..... | 46 |
| 1.7.3.- Principios éticos de la Defensa Técnica Penal Pública..... | 50 |

| | |
|--|----|
| 1.8.- La búsqueda de elementos de convicción a favor del procesado y el derecho a la presunción de inocencia en la legislación nacional e internacional..... | 53 |
| 1.8.1.- La presunción de inocencia en la legislación ecuatoriana..... | 54 |
| 1.8.2.- La presunción de inocencia en la legislación Colombiana..... | 56 |
| 1.8.3.- La presunción de inocencia en la legislación española..... | 57 |
| 1.8.4.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, respecto a la presunción de inocencia..... | 60 |
| - Caso Bayarri vs. Argentina. | |
| 1.9.- La planificación de estrategias en la etapa pre-procesal y procesal penal..... | 67 |

CAPITULO II

2.- EL DEFENSOR PÚBLICO COMO PROTECTOR DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DEBIDO PROCESO.

| | |
|---|----|
| 2.1.- La importancia del Defensor Público desde que el Estado Formula cargos en contra de una persona..... | 72 |
| a) Garantías Procesales Generales,..... | 74 |
| b) Garantías Procesales Específicas..... | 75 |
| 2.1.1.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Presencia del Defensor desde que se formula la imputación..... | 75 |
| - Caso Barreto Leiva vs. Venezuela..... | 75 |
| 2.1.2.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Prisión Preventiva y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.. | 78 |
| - Caso Peirano Basso vs. Uruguay..... | 78 |
| 2.1.3.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de DD. HH. sobre el derecho a ser oído por el juez competente y juzgado dentro de un plazo razonable..... | 80 |

| | |
|---|-----|
| - Caso Bayarri Vs. Argentina..... | 80 |
| 2.1.4.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el ejercicio del poder sin límites por parte del estado..... | 82 |
| - Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras..... | 82 |
| 2.2.- Importancia del Defensor Público en la versión el procesado..... | 85 |
| 2.2.1.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la presencia del defensor en la versión del procesado..... | 90 |
| - Caso Barreto Leiva vs. Venezuela..... | 90 |
| 2.3.- Obligación del defensor público de contar con el tiempo suficiente para preparar la defensa..... | 91 |
| 2.3.1. Jurisprudencia Panameña respecto a la Defensa Técnica..... | 93 |
| 2.3.2.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de DD.HH. respecto Al derecho de contar con el tiempo para preparar la defensa..... | 94 |
| - Caso Barreto Leiva vs. Venezuela..... | 94 |
| 2.4.- La obligación del defensor público de contar con una teoría del caso sólida, comprobable en la etapa de juicio..... | 96 |
| 2.4.1.- Qué características debe tener una teoría del caso? | 98 |
| 2.4.2.- Cómo se elabora la teoría del caso?..... | 99 |
| 2.4.3.- Cómo se perfecciona una teoría del caso? | 101 |
| 2.5.- La obligación del defensor público de presentar pruebas de descargo..... | 103 |
| 2.5.1.- Jurisprudencia ecuatoriana sobre el derecho a presenta pruebas de descargo..... | 108 |
| 2.6.- La obligación del defensor público de contradecir la prueba..... | 110 |
| 2.6.1.- Derecho de Objeción de las Prueba..... | 111 |
| 2.6.2.- Derecho a la Contradicción Probatoria..... | 114 |
| 2.6.3.- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el | |

| | |
|---|-----|
| derecho a la Contradicción Probatoria..... | 114 |
| 2.7.- La obligación del defensor público de recurrir los fallos..... | 117 |
| 2.7.1.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al Derecho a Recurrir el Fallo..... | 121 |
| - Caso Mohamed vs. Argentina..... | 121 |
| 2.8.- Casos prácticos de declaratoria de nulidad por falta de Defensa Técnica Penal..... | 123 |
| 2.8.1.- Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha; Delito Drogas; Causa No. 090-2012; Acusado Hugo Ramiro Mera..... | 123 |
| 2.8.2.- Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha; Delito Perjurio; Causa No. 0041-2009; Acusada María Flores Pinto..... | 126 |
| 2.8.3.- Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha; Delito Atentado al Pudor; Causa No. 008-2012; Acusado Guillermo Veloz..... | 128 |
| | |
| -Conclusiones y Recomendaciones..... | 130 |
| | |
| -Bibliografía..... | 135 |

“LA CALIDAD DE LA DEFENSA TÉCNICA PÚBLICA ECUATORIANA”

Introducción.-

Por las arbitrariedades e injusticias del poder sancionador del Estado, así como por las amenazas de inminentes sanciones desproporcionadas e injustas del poder punitivo, a través de la historia se ha venido consolidando el derecho a la defensa como uno de los derechos fundamentales frente a la imputación de un delito y sobre todo como un mecanismo de salvaguarda de la libertad de todos los ciudadanos que se vean involucrados en un proceso penal.

Los cambios que en los últimos años se han venido dando en el proceso penal a nivel latinoamericano, han sido muy significativos, especialmente en lo referente a la defensa penal pública; en la defensa técnica, entra en juego el profesional del derecho a quien el estado le remunera para que asuma la defensa de toda persona que se encuentre privada de su libertad, tenga o no tenga recursos económicos para pagar un abogado defensor particular, en virtud del respeto a los derechos humanos. A este profesional del derecho se le conoce como el defensor público.

En el Ecuador, la defensoría pública se ha introducido por primera vez con la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial y con la puesta en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, también se han implementado ciertos cambios en el proceso penal, en especial la exigencia de que toda diligencia judicial debe ser evacuada mediante el sistema oral; es por esto que la defensa técnica en especial la defensa pública debe ser muy

profesional, autónoma e independiente, que pueda garantizar el derecho a la defensa de todo ciudadano privado de su libertad, especialmente del ciudadano pobre que por no contar con los medios económicos necesarios no pueda tener acceso a la justicia.

En todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, se establece que todas las personas privadas de su libertad, tienen el derecho al debido proceso, es decir que tiene el derecho a la protección y al acceso a los jueces y tribunales competentes, imparciales e independientes establecidos en la ley; así como también, tienen el derecho a ser informadas de las razones de su detención y de los cargos formulados en su contra; en igual forma, tienen el derecho a ser informadas en su lengua materna de los derechos y garantías constitucionales; si no entiende el idioma castellano, tiene el derecho a contar con un traductor o interprete mientras dure el proceso; también a comunicarse con un familiar; a ser oído y juzgado en un tiempo razonable; a presentar los recursos que considere necesarios y por último, tiene el derecho a contar con un abogado defensor de su confianza y si no tiene los medios económicos suficientes para contratar un abogado particular, el estado le proporcionará uno de la defensoría pública. Es aquí en donde el defensor público, cumple un papel muy importante en la defensa de los derechos de las personas privadas de su libertad.

El defensor público, debe asumir su labor con calidad, con responsabilidad; el defensor público debe estar preparado en conocimientos del derecho penal, porque en sus manos se ha depositado el futuro de una persona que está siendo procesada por algún tipo de delito, justa o injustamente, con el riesgo de una probable sentencia; en tal virtud, para que el procesado no quede en la indefensión, por la falta de defensa penal técnica y para evitar que en el futuro, por

esta causa se puedan interponer algunos recursos tendientes a precautelar la tutela jurídica, se hace necesario que el defensor público, asuma su defensa técnica con calidad, convirtiéndose en un defensor investigador y en un defensor protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales, esto es lo que se pretende conseguir con el presente trabajo investigativo.

CAPITULO I

1.- EL DEFENSOR PÚBLICA Y EL DERECHO A LA DEFENSA EN LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

Para abordar el tema de la calidad de la Defensa Técnica Pública y del derecho a la defensa, necesariamente tenemos que tomar como referencia a la constitución de la República del Ecuador y a los organismos internacionales de derechos humanos, razón por la cual, “Millones de personas en todo el mundo se vuelven hacia las Naciones Unidas para que resuelvan los problemas que afectan su vida cotidiana”¹, pues aquello tiene su sustento y su razón en que todos los seres humanos pretendemos conseguir que se respeten nuestras garantías y nuestros derechos fundamentales; y, cuando estos derechos han sido violentados o conculcados por los estados, a través de sus organismos estatales, para su reparación, tenemos a la “La Convención Americana sobre Derechos Humanos”² como una reacción a la protección de los derechos humanos; y asimismo, los órganos encargados de proteger y promocionar los derechos y libertades consagrados en la Convención, tenemos a la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La obligación ineludible de los estados parte, es el de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas que se encuentren sometidas a su jurisdicción, así lo establece

1.- Diecisiete Preguntas Frecuentes Acerca de los Relatores Especiales de las Naciones Unidas, Folleto Informativo No. 27, 2002, Pág. 1. “La finalidad de los folletos Informativos sobre los derechos humanos es que cada vez mas persona conozcan los derechos humanos fundamentales, la labor que realiza las Naciones Unidas para promoverlos y protegerlos y los mecanismos internacionales con que se cuenta para hacerlos efectivos.”

2.- La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, se adoptó en 1969 durante la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, realizada en San José, Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Para aquellos países que la ratifiquen o adhieran a ella después, la Convención entrará en vigencia el día en que el instrumento de adhesión o ratificación sea depositado en el Secretariado.

el Art. 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

1.1.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el respeto y garantía del ejercicio de los Derechos Humanos.

CASO VELASQUEZ RODRIGUEZ VS. HONDURAS.

Por su lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referente al respeto y garantía del ejercicio de los derechos humanos, ha realizado un análisis pormenorizado en el Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras y que se refiere a la desaparición del ciudadano Manfredo Velásquez Rodríguez, un estudiante de la Universidad Autónoma de Honduras, quien fuera apresado en forma violenta por miembros de las Fuerzas Armadas de Honduras y desaparecido posteriormente; al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su parte pertinente ha señalado:

“166.- La segunda obligación de los estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” 3

3.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de fecha 29 de julio de 1988, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc, hoy 2 de abril del 2013.

Ha sido necesario mencionar a estos organismos internacionales de derechos humanos, por cuanto la Constitución de la República del Ecuador del 2008, establece como deberes primordiales del Estado el goce de los derechos establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos ⁴, inclusive la misma Constitución, hace referencia a la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos mas favorables a los establecidos en la constitución ⁵

Sobre el cumplimiento y aplicación de estos instrumentos internacionales, la Constitución expresamente manifiesta: "... Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos." ⁶, es decir que en tratándose de derechos humanos opera la obligatoriedad de los estados en su inmediata aplicación.

Es evidente que uno de los derechos consagrados en los Instrumentos Internacionales de derechos Humanos y en la Constitución de la República del Ecuador, es el derecho a la

4.- Art. 3 de la Constitución de la República del Ecuador: "garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales..."

5.- Art. 424 Inc. 2do Ibídem: "... La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público."

6.- Art. 426 Inc. 3ero de la Constitución de la República del Ecuador.

defensa, entendiéndose como el derecho a concurrir ante los órganos jurisdiccionales sean estos policiales, fiscalía, jueces, es decir ante cualquier estamento de administración de justicia, y presentar los planteamientos, fundamentaciones, alegaciones, presentar pruebas y contradecir las ya existentes, con el propósito de proteger y resguardar los intereses del imputado, a través de la defensa técnica penal pública de calidad, pues la presencia del letrado, facilita ejercer en forma adecuada la defensa en el proceso y al imputado le ayudará a definir y preparar una estrategia para enfrentar el proceso penal.

En la actualidad, y tomando como una base sólida los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos en donde se establece el principio de inocencia, igualdad ante la ley y una serie de garantías básicas de carácter procesal que obligatoriamente deben ser cumplidas para el juzgamiento de una persona, ventajosamente nos hemos alejado y ha quedado atrás el sistema inquisitivo, en donde el resultado del juicio penal surgía de la actividad unilateral y absoluta de una sola persona que era el juez, a quien la ley le había otorgado una capacidad especial supuestamente para encontrar la verdad de los hechos y el defensor público cumplía un mero papel como auxiliar de la justicia.

Frente a este modelo inquisitivo, se encuentra el modelo adversarial o acusatorio, en donde el papel del defensor público, si es reconocido y sobre todo se lo considera como uno de los elementos indispensables para que el sistema procesal penal funcione como un todo; es por esto que al referirnos a la calidad de la defensa penal pública, nos estamos refiriendo a que el interés del procesado estaría bien representado, el caso también estaría mejor estructurado y por ende, todo el proceso funcionaría dentro de los parámetros legales.

Bajo el contexto antes expuesto, el objetivo ideal como exigencia de los estados, es conseguir que los estados cumplan su obligación de garantizar el derecho a la defensa de todos los ciudadanos, especialmente de las personas de escasos recursos económicos, otorgándoles un defensor público revestido de calidad y eficiencia en la defensa de los intereses de los imputados.

Este derecho nace de las Constituciones como la nuestra que es garantista y del ámbito internacional sobre derechos humanos, por cuanto al imputado le compete el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna, pues es obligación del estado el evitar que por el hecho de no tener los medios económicos suficientes para contratar un abogado particular, se atente contra el derecho a la defensa en desmedro de la calidad de la defensa técnica a través de la defensa penal pública. Es por esto, que debe haber un respeto absoluto a los principios básicos que conlleva el servicio de una defensa técnica eficaz y de calidad en un proceso penal según los intereses del procesado.

1.2.- Jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos QUE ANALIZA EL DERECHO A LA DEFENSA:

a) CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA.

El 31 de octubre del 2008 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó una demanda contra la República de Venezuela, relacionada con el proceso penal mediante el cual el señor Oscar Enrique Barreto Leiva fue condenado a un año y dos meses de prisión por

delitos contra el patrimonio público. Según la Comisión, a dicho ciudadano se le citó para que comparezca ante los órganos de justicia de Venezuela para que rindiera una declaración como testigo, pero posteriormente de esto, se le decretó auto de detención en su contra. La Comisión alegó que por el secreto de la etapa sumarial, el señor Barreto Leiva no había sido asistido por un defensor de su elección, lo que le impidió que conociera las pruebas que estaban siendo recabadas, o que pudiera presentar pruebas en su defensa y controvertir las pruebas existentes en su contra.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta sentencia hace un análisis del derecho a la defensa, el mismo que está contemplado en el Art. 8.2 b de la Convención Americana de Derechos Humanos; al respecto, en su parte pertinente textualmente dice:

“Para satisfacer el artículo 8.2.b (de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se dan a estos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara integral y suficiente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. La Corte ha considerado que la puntual observación del artículo 8.2.b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa.

Ahora bien, el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercer desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas, el artículo 8.2.b, a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ambiente de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la convención. En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.

Por todo ello, el artículo 8.2.b convencional rige incluso antes de que se formule una “acusación” en sentido estricto. Para que el mencionado artículo satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública...” 7,

Como bien se puede apreciar en esta sentencia, es deber del juzgador hacer uso de todos los mecanismos que sean necesarios y que estén establecidos en la Constitución como en los tratados internacionales de derechos humanos, para que se puede hacer realidad, y que pueda aplicar las garantías del derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, como garantías propias de las personas que son parte en un proceso penal.

b) CASO TIBI vs. ECUADOR.

El 25 de junio del 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sometió ante la Corte una demanda contra el Estado Ecuatoriano, a fin de que se decida si el Estado violó los derechos a la Protección Judicial y las Garantías Jurisdiccionales del ciudadano Daniel David Tibi y de otros ciudadanos, derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos; la Comisión señaló “ que el estado no otorgó al señor Tibi la posibilidad de interponer un recurso contra los malos tratos supuestamente recibidos durante su detención ni contra su detención preventiva prolongada, la cual se alega violatoria de la propia legislación interna y que tampoco existía un recurso rápido y sencillo que se pudiera interponer ante un tribunal competente para protegerse de las violaciones a sus derechos fundamentales...” 8.

7.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf, hoy 2 de abril del 2013.

8.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 07 de septiembre del 2004.

En esta sentencia, la Corte hace un análisis muy minucioso sobre el derecho a una verdadera defensa y en su parte pertinente textualmente dice:

“Los defensores de oficio eran insuficientes para el número de causas pendientes en los distritos de Quito y Guayaquil, razón por la cual su actuación y su influencia en cada uno de los procesos era prácticamente nula. Con base en el artículo 54.5 del Código de Procedimiento Penal, se excluía al abogado defensor del imputado durante el momento de rendir declaraciones procesales...”

“Por otra parte, el detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda para informarle que se halla bajo custodia del Estado. La notificación a un familiar o allegado tiene particular relevancia, a efectos de que este conozca el paradero y las circunstancias en que se encuentra el inculpado y pueda proveerle la asistencia y protección debidas. En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con él , lo cual es inherente a su derecho a beneficiarse de una verdadera defensa (...) En el caso de la notificación consular, el Cónsul podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión...” 9.

Según la sentencia antes mencionada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos llegó a considerar que el estado Ecuatoriano a través de los jueces y policías, se violó el artículo 7.4. de la Convención Americana de Derechos Humanos en perjuicio del señor Daniel Tibi.

Como podemos observar en esta sentencia, la Corte hace una análisis pormenorizado respecto al derecho que tiene una persona privada de su libertad, a establecer contacto con una tercera persona llámese familiar cercano, un abogado defensor o un funcionario consular, para que este le pueda proporcionar asistencia legal y protección; esta sentencia también hace un análisis

9.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 07 de septiembre de 2004, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf , hoy 2 abril del 2013.

respecto a la importancia que tiene el hecho de reunirse en privado con un abogado sea particular o de Oficio, para que de esta forma se pueda beneficiar de una verdadera defensa.

1.3.- Jurisprudencia Ecuatoriana que analiza el derecho a la defensa.

La Corte Constitucional para el Periodo de Transición, el 24 de agosto del 2010, dicta la Sentencia No. 024-10-SCN-CC, respecto al pedido realizado por el señor Dr. Edgar Criollo Flores, Juez Temporal del Juzgado Segundo Provincial de Tránsito de Loja, sobre la constitucionalidad del inciso tercero del Art. 168 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre y Seguridad Vial, el mismo que textualmente dice: “ Si la audiencia oral y pública de juzgamiento no se llevare a efecto en dos ocasiones por causas que tengan relación con el procesado, por la sola voluntad de éste, en querer dilatar la causa, aquella se practicará en ausencia del imputado, sin que por ello haya recurso alguno...”¹⁰ en dicha sentencia la Corte Constitucional en relación al derecho de defensa, hace un análisis pormenorizado que me permito transcribir en su parte esencial:

“CORTE CONSTITUCIONAL
Para el Periodo de Transición

Quito, D.M., 24 de agosto del 2010

Sentencia No. 024-10-SCN-CC
Caso No. 0022-2009-CN

Juez Constitucional Ponente: Dr. Roberto Bhrunis (...)

Para efectos de comprensión del análisis cabe señalar que el punto de partida de la interpretación es el contenido en el artículo 76, numeral 7, literal a) de la Constitución de la República que dice: “Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.”. Este derecho forma parte de las garantías del debido proceso, lo cual supone garantizar el respeto de derechos y obligaciones de las partes sometidas al proceso en igualdad de condiciones,

10.- Art. 168, Inc. 3ro de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre y Seguridad Vial, Suplemento del Registro Oficial No. 398 de 7 de agosto del 2008.

artículo 11, numeral 2 y 76, numeral 7, literal c. Parámetro que se basa en el deber que tiene la administración de justicia de informar de forma oportuna a la persona de la cual se presume haya cometido un delito, ya sea por acciones u omisiones a fin de que la persona tenga un tiempo prudencial de preparar su defensa o la realice a través de su defensor, o el que le otorgue el Estado.

Este derecho es una constante dentro del proceso, por lo que impedir el ejercicio del mismo es vulnerar los derechos fundamentales del procesado. Efectivamente, evitar el ejercicio de este derecho produce indefensión de las personas cuando se les coarta la posibilidad de acceder al aparato judicial o cuando se les dificulta realizar las actividades encaminadas a propiciar su defensa dentro de un proceso. En el mismo sentido, cuando existen límites injustificados que restrinjan el acceso a los diversos niveles en la administración de justicia, a través de la imposición de recursos ya que las partes poseen el derecho de recurrir en el fallo conforme lo dispone el Art. 76, numeral 7, literales h y m.

Una de las principales garantías del debido proceso es precisamente el derecho a la defensa, entendiendo como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, ***de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga.*** (...)

El ejercicio del derecho a la defensa en materia penal y de contravenciones por pertenecer a un mismo género que es la sanción personal y real, comprende dos modalidades: la defensa material y la defensa técnica. La primera es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado, la segunda es la que ejerce en nombre de aquel un profesional del derecho. En nuestro sistema procesal penal, el derecho a la defensa técnica se materializa, o bien con el nombramiento de un abogado escogido por el sindicado, denominado defensor particular, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado.

El derecho a la defensa consta de las siguientes partes esenciales:

- El derecho del inculcado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada en su contra
- La Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- El derecho del inculcado a defenderse por si mismo o a través de un defensor de su elección o nombrado por el Estad.

No cabe duda, entonces, sobre la intervención del imputado en el proceso. Obviamente, la necesaria intervención ocurre por razones de inmediatez (artículo 169 CRE), siempre que en estos casos la publicidad y la contradicción se cumplan, lo que equivale a sostener que en todo caso los sujetos procesales deberán estar en condiciones de conocer, discutir y contradecir las probanzas buscadas y practicadas

sin su intervención, acudiendo incluso a otros medios de prueba, de ser preciso, antes de que el juez realice su valoración...” **11**

El derecho a la defensa que se garantiza al procesado no solo le cobija mientras dure el proceso sino inclusive hasta cuando cumpla totalmente la pena u obtenga su libertad, es por esto que la Constitución de la República del Ecuador, así como la jurisprudencia nacional e internacional han opinado respecto al derecho a la defensa que tiene el ciudadano procesado, y se lo hace efectivo a través de los diferentes medios que le franquea la ley; y no solo que el justiciable tiene derecho a la defensa sino también a una tutela judicial efectiva.

1.4.- Jurisprudencia Española que analiza los medios de prueba para su propia defensa.

El Dr. Luis Cueva Carrión en su obra “La Casación en Materia Penal”, hace referencia a una Jurisprudencia Española respecto a utilizar los medios de prueba pertinentes para su propia defensa:

“... Jurisprudencia Española:”

“ 2.- En punto al contenido del derecho declarado en el art. 24.2 CE.: Utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa, ha declarado este Tribunal, que el Art. 24.2 ha constitucionalizado efectivamente tal derecho como derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso en el que el ciudadano se vea involucrado, y que dicho derecho, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas (subrayando ahora) por el Juez o Tribunal, sin desconocerlo u obstaculizarlo e incluso prefiriéndose el exceso en la administración a la postura restrictiva. Lo que no implica la pérdida de la potestad judicial, en nuestro sistema de libre apreciación de la prueba, para que no solo pueda declarar la impertinencia de la prueba dentro de

11.- Sentencia No. 024-10-SCN-CC, Caso No. 0022-2009-CN, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, el 24 de agosto del 2010, Pág. 10 y 11.

los cauces legales y constitucionales, sino para valorarla críticamente, según lo alegado y probado, y fallar en consecuencia. Todo ello supone, por lo demás, que la parte alegue y fundamente la trascendencia y relevancia de la prueba o que esto resulte de los hechos y peticiones de la demanda, como también que el Juez o Tribunal haga lo mismo, caso de impertinencia y rechazo, satisfaciéndose así el intereses privado y el público” “(Sentencia del Tribunal Constitucional No. 147/1987 de 25 de septiembre de 1987).” 12

1.5.- La asistencia del abogado defensor desde el inicio de un proceso penal.

Según se desprende de la norma procesal penal “por regla general, el proceso penal se desarrolla en las etapas siguientes: 1.- La Instrucción Fiscal; 2.- La Etapa Intermedia; 3.- El Juicio; y, 4.- La Etapa de Impugnación” 13

Se debe considerar que la Defensa Técnica Penal Pública, a través del Defensor Público necesariamente debe estar presente en esta cuatro etapas, para que desde el inicio de la Instrucción Fiscal, el procesado tenga derecho a un juicio justo, esto es que con apego a las garantías básicas del debido proceso, pueda conseguir que se le ratifique su estado de inocencia.

Al respecto, el Modelo Integral de Defensa Penal, sobre la presencia del Abogado Defensor Público, en un proceso investigativo nos dice:

12.- Luis, Cueva Carrión, *La Casación en Materia Penal*, Quito, Edic. Cueva Carrión, 2007, 2da Edic. Pág. 63. El Art. 24 Numeral 2 de la Constitución Española dice: “Art. 24. 2.- Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia...”

13.- Art. 206 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

“ si se analiza lo que dispone el Código de Procedimiento Penal, en armonía con la Constitución Política y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, debemos concluir, sin lugar a dudas, que este derecho surge desde el momento en que una persona es investigada de cualquier forma por una autoridad de orden penal, como posible autora o partícipe de algún hecho que se considera punible. Esta garantía no hace ninguna distinción, de acuerdo al grado de responsabilidad, tipo de delito o cantidad de prueba”

14

La defensa técnica penal, garantiza a todo ciudadano el acceso a la justicia, lo que conlleva a que sienta que esta protegido por el aparato estatal en la administración de justicia.

Siendo como es en efecto el derecho de defensa un derecho fundamental e imprescindible en el debido proceso, aquel derecho se lo ejerce a través de un abogado (a) defensor (a); En procedimientos judiciales, una de las garantías básicas del debido proceso establecido en la Constitución de la República del Ecuador es “ ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público (...)” **15**, indudablemente que cuando no existan los medios económicos suficientes para contratar un abogado particular, el Estado tiene la obligación de proporcionar un abogado defensor público.

El derecho a la defensa, es un derecho titular que la constitución lo ha reconocido como un derecho fundamental de las personas, para poder defenderse en un proceso penal que se ha instaurado en su contra, derecho que persiste desde el inicio del proceso penal hasta su

14.- “*Modelo Integral de Defensa Penal*”, Fundación Esquel, Ecuador, 2005, Pág. 56

15.- Art. 76, numeral 7, literal g) de la Constitución de la República del Ecuador.

culminación con una sentencia ejecutoriada, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del procedimiento que se haya adoptado para su tramitación; al respecto, Luis Humberto Abarca dice:

“...cualquiera que fuera la naturaleza jurídica del procedimiento, el que se defiende interviene en este investido de todos los derechos que el ordenamiento positivo reconoce a las personas; los garantiza y protege jurídicamente, de tal forma que, las Garantías del Debido Proceso del imputado o acusado delimitan al ámbito del ejercicio de las atribuciones del titular del órgano que sustancia el procedimiento, porque este solamente tiene validez jurídica cuando es sustanciado en estricta observancia de las Garantías del Debido Proceso y de los derechos del procesado y de todas las personas que intervienen en el proceso.” **16**

Efectivamente que con el derecho a la defensa, nace también el derecho a exigir al titular del órgano encargado de sustanciar el procedimiento, que respete las garantías constitucionales referentes al debido proceso, así como también que cumpla con todas y cada una de sus atribuciones y obligaciones contempladas tanto en el Código Orgánico de la Función Judicial como en la Constitución de la República del Ecuador, sujetándose inexorablemente al principio de legalidad, lo que impedirá que el operador de justicia se exceda en el ejercicio de sus atribuciones, es decir prohibiéndole que ejecute lo que la ley no le faculta hacerlo, y por el contrario, obligándole a realizar lo que en la ley está expresamente obligado.

El derecho a la defensa indiscutiblemente es un derecho al que todas las personas no podemos renunciar, razón por la cual se ha considerado como un derecho universal, del que todos gozamos sin excepción alguna, desde el inicio de un proceso penal hasta su culminación, “en este punto nos enfrentamos con la realidad: el derecho a la defensa técnica

16.- Luis Humberto, Abarca, “*La Defensa Penal Oral*”, Tomo I, Ecuador, Edición Jurídica Ecuador, 2006, Págs. 11-12

no se le niega a nadie, sin embargo, en la práctica, no todos los imputados pueden utilizarla porque carecen de medios económicos para pagar su costo.” 17.

Es evidente la necesidad del defensor en un proceso penal, pues “ninguna persona podrá ser interrogada ni aún con fines de investigación sin la presencia de un abogado defensor de su confianza (...) 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...” 18; como podemos ver, en este artículo está plasmada la importancia que tiene el procesado de contar con un abogado que haga su defensa técnica.

“La defensa técnica solamente puede tener lugar con la actuación de un abogado especializado en la materia (...) el defensor debe ser de la confianza del defendido y bajo estas condiciones puede cumplir la obligación de representar y defender en causa a quien lo requiera; la defensa debe ser total y responsable” 19

1.6.- El irrenunciable derecho a la defensa, protegido por el Derecho Internacional.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos claramente otorga una serie de derechos a los procesados, siendo entre otros el derecho a “defenderse personalmente o de

17.- Luis, Cueva Carrión, *“La Casación en Materia Penal”*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2007, 2da Edición, Pág. 53

18.- Art. 71 del Código de Procedimiento Penal. Este artículo está en íntima relación con el Art. 12 del mismo cuerpo legal que dice: “ El imputado tienen derecho a designar un defensor. Si no lo hace, el juez debe designarlo de oficio, antes de que se produzca su primera declaración.

19.- Luis, Cueva Carrión, Ob. Cit. Pág. 54.

ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (...) además goza del 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 si mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley **20**

Sobre el derecho a la defensa, se hace necesario mencionar que en la habana Cuba, en el año de 1990, el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, aprobó los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados que debemos adoptar al momento de asumir una defensa y que en esta parte me permitiré mencionar algunos de estos principios referentes, al acceso a la asistencia letrada y a los servicios jurídicos, así como a las salvaguardias en asuntos penales:

“1.- Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal (...)

3.- Los gobiernos velarán por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres, y, en caso necesario, a otras personas desfavorecidas (...)

6.- Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interese de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios.(...)

20.- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8, Inc. 2do, literal d) y e).

8.- A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial...” **20**

En definitiva, con el derecho a la defensa y al debido proceso, se impedirá que se conculque el derecho que tiene el que se defiende, ni se violente el principio de legalidad procesal, utilizando los medios y recursos que le franquea la ley.

Se debe entender a la defensa penal pública como una institución que permita el acceso a la justicia de personas que por su condición social y económica no pueden contratar un defensor particular; pero se debe tomar en cuenta que el estado de derecho y de derechos, necesita a más de un ordenamiento legal justo, con jueces probos e imparciales, también necesariamente requiere de una defensa penal pública apropiada, oportuna –desde el momento de su detención cuando se trate de un delito flagrante-, técnica, eficaz y sobre todo de calidad, que denote que el ciudadano imputado o procesado se encuentra seguro y protegido de las arbitrariedades y abusos del poder punitivo, lo que le permitirá estar en igualdad de condiciones con la fiscalía o con la parte acusadora, tanto más que si el justiciable se encuentra privado de su libertad, desde ya estaría en desventaja con la contraparte.

20.- Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana-Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Es incuestionable que con la vigencia del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, aparece en el Ecuador la defensoría pública; estas reformas, sin lugar a dudas, vienen a fortalecer al modelo adversarial como un sistema que garantice los derechos de las personas, separándose drásticamente del modelo inquisitivo imperante hasta antes de entrar en vigencia la nueva Constitución de la República del Ecuador del año 2008. Pero este modelo adversarial no puede funcionar solo; también necesita la colaboración fundamental de la defensa penal pública y que sea de buena calidad.

Si tomamos en consideración que el primer paso que da la defensoría pública, es la asistencia del abogado defensor desde su inicio en un proceso penal, pero esta asistencia jurídica, debe tener el respaldo y el apoyo económico por parte del estado para que sus resultados se vean reflejados en una defensa técnica pública de buena calidad; al respecto, Raül Tavalari Oliveros (2005) dice:

“...El nivel de acceso a la justicia se ve reflejado en la creación de un ente especializado de persecución criminal que debe velar por los intereses de la comunidad... El acceso también se expresa en la creación de una Defensoría Penal Pública que entrega asesoría jurídica gratuita y de calidad a los imputados que carecen de medios para proveerse de una defensa técnica por sí mismos. El financiamiento de esta defensa es aportada por el Estado y ha permitido elevar considerablemente los estándares de calidad en la prestación de servicios de asistencia judicial en materia penal, motivando a los abogados privados a postular a los llamados que la defensoría periódicamente hará a la comunidad jurídica a través de concursos públicos...” **21**

Es decir que si tomamos en consideración que la Defensoría Penal Pública está enmarcada como un servicio a la colectividad, y el defensor público es considerado como un

21.- Raül, Tavalari Oliveros, Prologo al libro *Litigación Estratégica en el nuevo Proceso Penal*, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005, Pág. 3.

servidor público en defensa de la sociedad en general y en particular en defensa del procesado, este servicio debe estar revestido de calidad, toda vez que el derecho que está de por medio es el derecho a la libertad de las personas, como uno de los derechos más preciados que tenemos todas las personas.

El derecho a la defensa técnica penal, no solo está limitada al asesoramiento y patrocinio profesional sino que también comprende el derecho a elegir el defensor de su confianza, razón por la cual, “nadie puede comparecer a un procedimiento sin la existencia de un abogado y en el caso de que el titular del órgano que sustancia el procedimiento permitiese la comparecencia del demandado, denunciado, imputado o acusado sin la asistencia profesional de un abogado, consagrado como Garantía del Debido Proceso en el literal d) del artículo 8 de la Convención Americana Sobre derechos Humanos y consecuentemente el procedimiento carece de validez jurídica, por existir violación al trámite en material sustancial...” **22**

En efecto, sobre este tema, La Convención Americana de Derechos Humanos ha establecido ciertos derechos: “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 tienen derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas; (...) 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;...” **23**

22.- Luis Humberto, Abarca, “La Defensa Penal Oral”, Tomo I, Ecuador, Edit. Jurid. Ecuador, 2006., pág. 14

23.- Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8, Núm. 2, Lit. d)

Es comprensiva la actitud que adopta en primera instancia el procesado de escoger su abogado de confianza, porque el procesado lo que quiere es una defensa técnica de calidad, y ésta solo le puede brindar su abogado de confianza, y este derecho le otorga las Garantías del Debido Proceso; de ahí que no debemos de dejar a un lado las consecuencias que pueden devenir de una negligencia, descuido o poco interés del abogado al momento de asistir profesionalmente a su defendido en un proceso penal, pues la falta de defensa técnica, indudablemente que transgrede las Garantías del debido proceso, al haberle dejado en la indefensión al procesado, por cuanto, la defensa no ha sido la adecuada, lo que afectará grandemente a los intereses o pretensiones de su defendido.

El defensor público, no debe desconocer que el justiciable, en especial el que se encuentra privado de su libertad y que no cuenta con medios económicos suficientes para contratar un abogado defensor particular, espera de él, que su asistencia profesional sea eficaz, adecuada y competente, es decir que sea de calidad; solo ahí se sentirá seguro de enfrentar a la justicia, porque hará uso de su derecho a la defensa teniendo la posibilidad de controvertir la prueba que se presente en su contra. “El ejercicio del Derecho a la Defensa es incondicional porque para ejercerlo no se requiere de requisito alguno...” 24.

El fundamento normativo y sobre todo la legitimación de la defensa técnica profesional como uno de los derechos fundamentales se encuentra establecido en el Código de Procedimiento Penal: “La defensa del procesado es inviolable. El procesado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular

24.- Luis Humberto, Abarca, Ob., cit., Pág. 30.

todas las peticiones y observaciones que considere oportunas...” 25 Las peticiones y observaciones que considere oportunas necesariamente tiene que hacerlas a través de su abogado defensor, razón por la cual, “el procesado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, la Jueza o Juez de Garantías Penales debe designar de oficio un Defensor Público, antes de que se produzca su primera declaración...” 26

El defensor público ha sido reconocido en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, tales como La Convención Americana de DD.HH., El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, como un profesional que debe asegurar un proceso justo y equitativo al procesado, pues le otorga la posibilidad “... a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor a su elección o, si no tienen suficientes medios para pagarlo, debe obtener asistencia legal gratuita cuando el interés de la justicia así lo requiere”. 27

Este derecho debe ser cumplido en forma obligatoria por los estados garantistas, y así desbaratar la advertencia que sobre este tema lo haría la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Colombia el 26 de febrero de 1999, referente a problemas del debido proceso en el sistema de justicia regional, cuando dice que:

“... Los defensores de oficio han sido con frecuencia acusados de no brindar una defensa seria y competente. La comisión ha recibido denuncias que indican que los defensores de oficio asisten a los procesos solo cuando resulta absolutamente

25.- Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, Art. 11.

26.- Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, Art. 12.

27.- Art. 6.3 Lit. c) de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos.

necesario hacerlo y apenas para firmar los documentos necesarios para probar que un abogado representa al acusado. Los abogados defensores de oficio rara vez objetan las actuaciones que se llevan a cabo (...). Además, en muchos casos, el abogado defensor es designado momento antes de iniciar una actuación indagatoria o una audiencia, lo que impide toda posibilidad razonable de preparar la defensa del caso.” (...) La Comisión observa que las normas internacionales establecen que el derecho al asesoramiento significa contar con un derecho a un asesoramiento efectivo. El Estado no cumple su obligación a este respecto al designar a un abogado sin más. El Estado debe garantizar al acusado una defensa adecuada de parte de un abogado designado por el Estado. Cuando el Estado no procede así, viola las disposiciones del artículo 8 (2) de la Convención Americana.” **28**

Para llegar a elaborar el Informe antes referido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha hecho una observación por el tiempo de casi veinte años, sobre la situación de los derechos humanos en Colombia y sobre todo por las permanentes denuncias de violaciones de derechos humanos en este país y en efecto, en un proceso penal, como bien dice Yesid Ramírez “la presencia del defensor se hace cada vez más justificada. Su intervención resulta más imprescindible y con mayor frecuencia se le exige a éste que comparezca al proceso para ejecutar una verdadera asistencia técnica, que planifique su trabajo, que valore con su defendido las circunstancias del caso y que se fije una estrategia, que aleje la improvisación y disminuya o elimine el elemento sorpresa, que su asistencia técnica esté marcada por un profesionalismo de calidad.” **29**

28.- Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, Conclusión 17 y 18, 26 de febrero de 1999.

29.- Yesid, Ramírez, *El Juicio Oral*, Bogotá, Edit. Doctrina y Ley, Ltda., 2da. Edición, 2004, Pág. 219.

1.6.1.- Jurisprudencia Colombiana sobre la Nulidad por Falta de Defensa Técnica

Sobre la nulidad por violación al debido proceso y al derecho a la defensa, a continuación analizaremos una Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de Colombia Sala de Casación, en la que se declara en efecto la nulidad de un proceso por violación del derecho al debido proceso y por la falta de defensa técnica:

“Proceso No. 12780
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION

Magistrado Ponente
Dr. Carlos E. Mejía Escobar
Aprobado Acta No. 211
Bogotá D.C., dieciocho de diciembre de dos mil (2000)

VISTOS

Decide la Sala sobre la casación interpuesta por la defensora del procesado LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ en contra del fallo proferido el 6 de agosto de 1996 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., por medio del cual confirmó la sentencia dictada por el Juzgado 71 Penal del Circuito de la misma ciudad que lo condenó a la pena de prisión de 6 años al hallarlo responsable del delito de tentativa de homicidio de que fue víctima el señor Hernán Garzón Martínez.

HECHOS

El 19 de julio de 1992, alrededor de las 9 de la noche, Hernán Garzón Martínez se dirige a pie a tomar transporte para su lugar de trabajo, encontrándose con que al frente de la casa demarcada con el número 34F-12 de la diagonal 18 sur del barrio el Remanso de esta ciudad estaban desvalijando un automóvil Mazda, Línea 323 de color azul. Los ladrones al verlo le increparon que se quedara callado, por lo que él siguió su camino pero instantes después salió del mencionado inmueble un hombre que posteriormente fue identificado como LEONARDO BEDOYA ORTIZ, quien acompañado de 2 mujeres le reclamó por el hurto al automotor al tiempo que le decía a una de sus acompañantes que le trajera el revólver. Garzón Martínez siguió caminando y fue nuevamente alcanzado por BEDOYA quien ya portaba una arma de fuego que accionó en su contra, impactándolo en el abdomen y, ya caído, en el oído derecho...” En el desarrollo del proceso investigativo se han evacuado una serie de diligencias investigativas a través de Fiscalía y del Cuerpo Técnico de

Investigación Judicial CTI, tendiente a descubrir al presunto autor de este hecho, recayendo las sospechas en la persona de LEONARDO BEDOYA ORTIZ en contra de quien se abre una instrucción fiscal, razón por la cual otorga poder en una notaría de Bogotá a una defensora para que lo represente en la actuación judicial que se adelanta en su contra, y el juzgado 71 Penal del Circuito lo sentencia a 6 años de prisión como autor del delito de homicidio tentado, fallo que es apelado al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y confirmado por este Tribunal el 6 de agosto de 1996, razón por la cual la defensa interpone recurso de casación, que es el recurso motivo del presente análisis.

LA DEMANDA

1.- Al amparo del numeral 3ero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad y se formulan dos cargos dentro de esa misma

Cargo primero: carencia absoluta del derecho de defensa

Cargo segundo: **Nulidad absoluta del derecho de defensa, por falta de defensa técnica** (Las negrillas y lo subrayado es mío)

La fundamentación de la demanda se centra exclusivamente en que “Adicionalmente, la designada abogada de oficio no cumplió con su deber legal, pues desde su posesión hasta la fecha de su desplazamiento (junio 2 de 1995) no pidió pruebas, no se opuso a la irregular vinculación, no se notificó de la definición de la situación jurídica y ni siquiera presentó alegatos de conclusión precalificatorios.

A esa orfandad de defensa técnica también contribuyó la abogada titulada designada en su reemplazo, quien únicamente se posesionó para notificarse de la resolución de acusación, sin que tampoco haya ejercido ni un solo acto de defensa. Designado otro abogado de oficio por renuncia de la anterior, este último ni siquiera acudió a posesionarse (...)

Considera entonces que el proceso debe anularse por cuanto durante toda la etapa del sumario y hasta en parte de la etapa de juicio hubo una absoluta falta de defensa técnica

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- La demanda formula dos cargos de violación al derecho de defensa (...) y, otro es el que deviene de las ausencias de defensa material y técnica (derecho de defensa)

2.- El proceso penal, en esencia, es un escenario de controversia. A través del el estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico. Esta actividad, sin embargo, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria. La ley establece las reglas de su adelantamiento y a ellas debe sujetarse la actividad del Fiscal, del Juez y de las partes (...) Si el derecho de contradicción hace parte del derecho de defensa y los dos son elementos que estructuran, la garantía del debido

proceso constitucional, no oír a las partes constituye una irregularidad insubsanable, un acto de despotismo jurisdiccional que socava la esencia controversial del proceso penal y que por lo mismo no se puede tolerar.

3.- Reconocido por la Carta el derecho de defensa con carácter de fundamental, su ejercicio se deja por ella y por la ley, al leal saber y entender del sindicado (defensa material) y de su defensor (defensa técnica). A ellos se les considera sujetos procesales, con la significación que tal término cobra dentro de un proceso que como el penal evoluciona cada vez más hacia un trámite caracterizado, como corresponde a la organización Constitucional del Estado (artículo 1), por la participación por la participación activa de los sujetos procesales. (...)

8.- En ese orden de ideas es por eso que ante el desbalance procesal que genera esa residual forma de vinculación, el Estado tiene la obligación de garantizar que la imposibilidad de hacer comparecer a la persona que debe rendir indagatoria no lo es por una causa injustificable atribuible a si mismo, esto es a sus autoridades. La función acusatoria en cabeza del Estado, le impone a este el deber de agotar todas las opciones razonablemente posibles para informar al imputado de la existencia de la actuación penal en su contra, de manera que sea inequívoca la conclusión de que la imposibilidad de hacerlo comparecer al proceso es por causa atribuible al imputado, o por lo menos, no imputable exclusivamente a inactividad a la negligencia estatal (...)

9.- dadas las anteriores condiciones, surge indubitadamente la violación del derecho a la defensa técnica de LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ por la afectación trascendente de su garantía frente al derecho constitucional a la asistencia de un abogado (libremente) escogido por él (artículo 29). En este evento, es ostensible la afectación del derecho por las actuaciones erróneas y negligentes del aparato de justicia. (...)

En similares ocasiones, la Corte elaboró el siguiente antecedente : Ahora bien, en cuanto a ese trámite debe recordarse que en tratándose de una persona que no ha podido ser localizada, es necesario que se agoten las pesquisas adelantadas por las autoridades policiales para lograr su captura y que haya avisado negativamente sobre los esfuerzos realizados; o tratándose de sindicados que deben ser citados para ser escuchados en indagatoria, es necesario esperar los informes que indiquen que ha sido imposible su ubicación, para entonces en tales circunstancias sí proceder a ordenar el respectivo emplazamiento y posterior declaratoria de ausencia; por tanto, primero se deben agotar todos los esfuerzos necesarios para localizar al sindicado, pues proceder de manera distinta sería vulnerar el derecho de defensa (...)

Hay entonces una clara evidencia de que el Estado, representado en la Fiscalía 100 Delegada de la Unidad 2da de Vida y el Juez 71 Penal del Circuito vulneró la garantía de defensa en esta actuación. Tales Funcionarios Judiciales, teniendo la información necesaria para brindarle al sindicado LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ la posibilidad de concurrir al proceso o hacerse representar oportunamente omitiendo hacerlo, dando como resultado el adelantamiento de un proceso a espaldas del encartado. (...)

En consecuencia de lo expuesto, se casará la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá D.C., declarando la nulidad de todo lo actuado a partir inclusive del cierre de investigación, comprendiendo todos los actos que dependen de él, menos los de prueba.

En mérito de ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1.- CASAR la sentencia impugnada.

2.- DECRETAR la nulidad de todo lo actuado desde la resolución que dispuso el cierre de la investigación, inclusive, adelantada a LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ, comprendiendo todos los actos que dependan de él, menos los de prueba

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.” 30

En la sentencia transcrita, se dieron dos hechos lamentables: el primero que al procesado no fue vinculado a la causa cumpliendo las reglas del debido proceso, pues no fue notificado en legal y debida forma, para que haga uso de su derecho a la defensa; por otro lado, desde la declaratoria de persona ausente del proceso, la abogada que se le designó como defensora de oficio no había realizado ninguna actuación a favor de su defendido, no había pedido pruebas de descargo, no había estado presente en el reconocimiento del agresor por parte de la víctima, inclusive no había presentado alegatos que por ley y por justicia tenía la obligación de hacerlo, es decir que al procesado LEONARDO DE JESUS BEDOYA ORTIZ, se le había dejado en total y absoluta indefensión frente a la acusación de fiscalía; pero como las irregularidades que se cometieron dentro del proceso iban dirigidas a la violación de las garantías de la defensa y de la defensa técnica, son estas garantías que debieron ser restablecidas desde el momento procesal oportuno, razón por la cual, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, ha resuelto declarar la NULIDAD de todo lo actuado desde la resolución que dispuso el cierre de la investigación que se había seguido en contra del ciudadano LEONARDO DE JESUS BEDOYA, para que haga uso de su legítimo derecho a la defensa material y defensa técnica a través de un profesional del derecho que brinde su servicio de calidad.

30.- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de diciembre del 2000, Proceso No. 12.780, en www.notinet.com.co/servefiles/servicios/archivos/na/csj12780-00.htm

La asistencia del abogado defensor desde el inicio del proceso penal, es indispensable, por cuanto una de las garantías en caso de ser privado de su libertad a más del derecho a permanecer en silencio y de comunicarse con un familiar es: "...a solicitar la asistencia de una abogada o abogado o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por si mismo..." 31 , para que no quede en la indefensión. Si bien la asistencia del abogado defensor en esta instancia es una garantía constitucional, más allá de esta solemnidad, la función del abogado defensor no es solo para cumplir con esa garantía constitucional especialmente en el caso de los defensores públicos, ni servir como relleno para evitar que a futuro se produzca la nulidad por la ausencia de un defensor; indudablemente que no. Su presencia va más allá.

La presencia del abogado defensor en el proceso penal, tiene otra connotación. La actuación profesional del abogado se basa en los principios de confianza, que sin lugar a dudas fusionan y solidifican las relaciones entre el cliente y el abogado quien, desde el mismo momento en que asume la defensa, está sujeto a la confidencialidad. El abogado se debe a su cliente, y está obligado a litigar de manera consciente y responsable, con un actuar crítico y equilibrado al servicio de la paz social.

El derecho a la defensa es una garantía constitucional y una garantía procesal, es por esto que, "la inviolabilidad del derecho a la defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal"32, entendiéndose desde esta perspectiva que la

31.- Art. 77 Numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador.

32.- Alberto, Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2001, Pág. 151.

facultad de obtener este derecho a la defensa técnica pública, proviene netamente del estado de derecho, utilizando todas las herramientas disponibles para que esta proyección de servicio a la sociedad con una asistencia judicial de calidad, sea una realidad. La Constitución de la República del Ecuador, refiriéndose a la Defensoría Pública, claramente dice:

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

La Defensa Pública prestará un servicio legal, técnico oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias...” **33**

Con fundamento en estos principios de servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y de calidad, el abogado defensor público, desde el primer momento que asuma la defensa, debe preparar con su patrocinado una teoría del caso, la misma que según algunos autores, es “la herramienta más importante para planificar nuestra actuación en la investigación y para verificar nuestro desempeño en la audiencia del juicio oral” **34**.

Además la teoría del caso debe ser sólida, creíble, manejable y sobre todo que pueda ser sustentada a lo largo de la indagación previa, instrucción fiscal y hasta la etapa de juicio, en donde esa teoría del caso, que no es otra cosa que una hipótesis a ser demostrada - sea comprobable, para que sea recogida por el juzgador y valorada conforme a las reglas de la sana crítica. El Modelo Integral de Defensa Penal (2005) considera que:

33.- Art. 191 de la Constitución de la República del Ecuador.

34.- Manuel, Thomas, Trial Techniques, New York, Aspen, 6ta Edition, 2002, Pàgs. 499-540

“En resumen, el derecho al patrocinio letrado en el proceso penal es de cumplimiento obligatorio e irrenunciable porque abarca el cumplimiento de todos los demás derechos y garantías tanto procesales, como los referidos a la correcta aplicación de la ley sustantiva y de los principios de política criminal vigentes en el país. Mas aún, la participación de un defensor técnico determina el verdadero acceso a la justicia en condiciones de igualdad, cuando éste es un luchador incansable en pro de la aplicación plena de los principios constitucionales y la normativa internacional de los Derechos Humanos en cada una de sus actuaciones.” 35

En definitiva, el abogado defensor público debe convertirse en una especie de investigador dentro del proceso penal en busca de la verdad jurídica en beneficio de su defendido, con principios filosóficos que se pueden encontrar en su dignidad, como un derecho original del hombre y que ha estado latente antes que la misma sociedad; utilizando nuevas estrategias siempre dirigidas a la consagración de las garantías constitucionales en beneficio del procesado, tal como lo siguiere Gilbert Armijos: “explotando nuevas relaciones entre el Derecho Penal y la Constitución, aplicando el principio de lesividad como instrumento de defensa, utilizando los principios de racionalidad y proporcionalidad, y acudiendo a la jurisdicción constitucional, entre otros.” 36.

1.7.- La entrevista previa con el defendido y la escucha activa del defensor.

Todo proceso penal inicia con la Instrucción Fiscal, y es en esta etapa, en que el ejercicio de la defensa del procesado alcanza una dimensión de tal importancia que su función

35.- Modelo Integral de Defensa Penal, ob., cit., Pág. 16

36.- Gilbert, Armijo Sancho y otro, *Nuevo Proceso Penal y Constitución*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José Costa Rica, Pág. 282

es de ejercicio necesario dentro de las etapas procesales; al respecto, Luis Humberto Abarca (2006) dice:

“Por lo tanto, si el imputado a pesar de haber sido notificado con la resolución de apertura de la instrucción fiscal, no ejerce su Derecho de Defensa por cualquier causa o porque carece de recursos económicos para contratar un abogado privado, el ejercicio de la función procesal de la Defensa se encuentra a cargo del Defensor Público, y precisamente para este objeto deberá notificarse también con la resolución de apertura de la instrucción fiscal a la oficina de la Defensa pública, para que designe un defensor. **37**

La entrevista previa y la escucha activa del defensor al imputado, es el primer contacto que tiene el defensor público con el procesado, razón por la cual, esta entrevista se debe desarrollar de la mejor manera; en esta primera entrevista, el abogado defensor público, debe respetar el aspecto de la privacidad, es decir tratar de no obtener del procesado cierta información que por un lado sea privada y por otro, que no tenga ninguna relación con el caso. Es necesario mencionar que cualquier decisión que se vaya adoptar en la defensa, se la debe tomar tanto por el defensor penal público como por el procesado en conjunto, porque en definitiva es él quien está siendo enjuiciado y es él quien debe conocer en todo momento sobre las decisiones que definirán el futuro del proceso.

“El derecho a las condiciones necesarias para la entrevista debe ser siempre muy discutida por la defensa, ya existe poca conciencia sobre esta garantía. Sin embargo es función del defensor (a) hacerla prevalecer. Si como defensor (a) le es indiferente el tema y permite que este derecho se vulnere y asume una defensa, sin ni siquiera tener este contacto personal con el imputado, contribuye a que se de una violación sistemática de la garantía, que a futuro provoca su extinción.” **38**

37.- Luis Humberto, Abarca Galeas, Ob., Cit., Págs. 10-11

38.- Modelo Integral de Defensa Penal, Ob., Cit., Pág. 57

El procesado conoce que en su contra se ha iniciado un proceso penal a través de la notificación, siendo este un requisito sustancial en un proceso penal y tiene como finalidad el de poner en conocimiento del procesado el inicio de un juicio en su contra para que haga uso de su legítimo derecho a la defensa.

La responsabilidad al asumir la defensa de un justiciable, inicia justamente con la entrevista previa y la escucha activa de lo que tiene que decir su defendido respecto al hecho por el cual está siendo procesado; el abogado se convierte en un confidente de su cliente quien demostrará un cambio radical en su estado de ánimo cuando se sienta escuchado y así aflorará el sentimiento de confianza con su abogado. Al respecto, Piero Calamandrei (1980) dice: “ciertos clientes acuden al abogado confiándole sus males, con la ilusión de que, contagiándoselos, quedarán ellos inmediatamente curados, y salen sonrientes y satisfechos, convencidos de haber reconquistado el derecho a dormir tranquilos desde el momento en que han encontrado quien ha asumido la obligación profesional de pasar las noches agitadas por ellos” 39.

La obligación como abogados defensores no es la de asumir como propios los problemas ajenos, porque en ese momento se desnaturaliza la defensa; la obligación es la de asumir con responsabilidad el caso encomendado; para lo cual, el primera paso es el de entrevistarse con su cliente y escucharle con detenimiento sus argumentos sean cuales fueren, para luego en forma conjunta buscar una solución -la más acertada- al problema, aunque el cliente siempre deja esa responsabilidad al abogado porque confía en su saber.

39.- Piero, Calamandrei, *Elogio de los Jueces*, Buenos Aires, Edit., Jurídicas, 1980, Pág. 135

Sobre este aspecto, Carnelutti decía: “También el jurista como el astrónomo, escrutan el firmamento para descubrir las leyes que guían el movimiento eterno. También los del jurista son como los del astrónomo, del físico, del químico, del biólogo, descubrimientos” 40, pues con las leyes que tenga en sus manos, buscará la verdad y la justicia. Todo aquello se dará siempre que exista un ambiente de confianza entre abogado y justiciable; asimismo debe existir un compromiso ético del profesional del derecho al asumir su defensa, circunstancias éstas que le permitirá tener éxito en el litigio.

1.7.1.- Ambiente de confianza mutua;

Para llegar a esta etapa, tanto el abogado defensor como el procesado, deben despojarse de todo tipo de prejuicios y de egoísmos, pues desde el punto de vista de la confianza, nace el éxito de la defensa; el abogado defensor, tiene que brindar el tiempo y la atención debida a su defendido, aquello dará muestra del interés en el caso, lo que permitirá que el justiciable adquiera confianza en su abogado defensor. En esta etapa, el abogado defensor tiene que lograr que aflore la “empatía” desde la entrevista previa con su cliente, aquello permitirá percibir las experiencias por las que ha venido atravesando su defendido, desde el cometimiento del hecho delictivo y ahora como sujeto privado de su libertad.

La empatía como bien se ha definitivo desde el punto de vista pedagógico y psicológico es “la aptitud de un sujeto para penetrar los sentimientos y las ideas de otro y, por lo tanto para prever su comportamiento” 41; de este concepto se puede deducir que la empatía es la facultad de reconocer y percibir las emociones de otra persona, de lo que siente en ese instante la persona con la que se ha entablado el diálogo.

40.- Francisco Carnelutti, *Metodología del Derecho*, 2da Edición, Uthea México, 1962, Pág. 15.

41.- Luis, Cueva Carrión, *Valoración Jurídica de la Prueba Penal*, Quito, Edición Cueva Carrión, 2008, Tomo I, Pág. 89.

La empatía del abogado defensor, va dirigida a identificar y comprender la afectividad y el estado de ánimo que puede tener el procesado al momento de entrevistarse con su abogado defensor.

Es fácil detectar el estado de ánimo de una persona privada de su libertad, pues el encierro sea por unos minutos le cambia totalmente su forma de percibir las cosas, lo que influirá necesariamente en su estado de ánimo, razón más que suficiente para que el defensor utilice la empatía a mayor escala y se introduzca en la piel del defendido para poder sentir lo que él siente e inclusive pensar lo que él piensa y desde esta perspectiva poder dirigir en forma positiva por un lado su comportamiento y por otro su defensa, aquello permitirá implantar relaciones auténticas, verdaderas, solidas y duraderas con el cliente, lo que dará como resultado que el abogado llegue hasta las últimas instancias o etapas del proceso con su defensa y con su defendido, evitando que sea sustituido en la defensa al poco tiempo de haber sido contratado.

El abogado defensor con una empatía positiva, reconocerá y percibirá las emociones de su cliente y sentirá lo mismo que siente él, es el primer paso para entablar confianza entre las dos partes y el cliente sentirá que el abogado se identifica con él, lo que será fácil descubrir que se ha llegado a cimentar un ambiente de confianza mutua, a través de la forma en que se comporta el receptor; si la expresión facial, los gestos, la forma de hablar y de comunicarse con su abogado defensor son fluidas, agradables y armoniosas, se ha logrado desarrollar un ambiente de confianza mutua y por ende se ha aplicado la habilidad social, como el arte de mantener buenas relaciones con las otras personas.

En el ejercicio profesional como abogado defensor público, la empatía debe ser uno de los requisitos indispensables para el éxito en la defensa penal. “Un nivel de empatía elevado mejora la actividad de los profesionales que se dedican a la enseñanza, a la administración de justicia, a la administración de empresas y otras similares” 42.

Tanto los sentimientos como los pensamientos sanos y positivos hacen desarrollar una vida positiva en sociedad, lo que permite crear un ambiente de positividad frente al cliente, sin olvidarnos que son ellos, quienes han hecho posible la existencia de la abogacía.

1.7.2.- Compromiso ético del profesional al asumir la defensa.

Para referirme al compromiso ético del profesional al asumir la defensa, empezaré mencionando un criterio vertido por el tratadista y docente universitario Dr. Víctor Manuel Peñaherrera (1992) “Tal es, señores, como lo he manifestado siempre, la razón que me obliga a continuar en la Universidad. No he abrigado jamás la pretensión de formar abogados sabios: en primer lugar, porque yo mismo estoy muy lejos de serlo; y en segundo, porque tengo la convicción de que, para la patria y la humanidad, mas necesarios son los buenos que los sabios.” 43.

El compromiso ético del profesional del derecho como defensor público frente a su defendido, implica dar un servicio de calidad, porque el defensor público

42.- Luis, Cueva Carrión, Ob., Cit., Pág. 90

43.- Víctor Manuel, Peñaherrera, *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*, Quito Ecuador, Editorial Edino, Págs. 23-24.

debe estar convencido que es un luchador incansable en la defensa de las garantías dentro de un proceso penal, tanto más que la defensa penal permite entablar una relación profesional con su patrocinado, empezando por permitir que este profesional asuma su defensa, se deje guiar para buscar el mejor camino de solución al problema, y es aquí en donde nace uno de los elementos importantes para el éxito del caso, la confianza; “Para generar esa confianza, se requiere que el defensor cuente con independencia, respeto a la privacidad y respeto a su posición en el proceso. El reto para el defensor (a) es lograr una buena comunicación como parte de su estrategia de defensa.” 44

A más de la confianza que debe brindar el Defensor Público a su defendido, al asumir la defensa en un proceso penal, también debe actuar con inteligencia, entendiéndose a la la inteligencia como la capacidad que tenemos todos los seres humanos para adquirir conocimientos y aplicarlos en una forma correcta y adecuada frente a los demás, así como también la facultad de pensar, razonar y comprender; la capacidad intelectual permite que los seres humanos dirijamos nuestras acciones hacia objetivos planteados. Pero para que el defensor público triunfe en el caso a él asignado, no solo es necesario que tenga inteligencia, es necesario que también tenga razonamiento, sentimiento y valoración; es lo que se conoce como inteligencia axiológica.

44.- Vez, Mariconde A, *Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, 3ra Edición, 1982, Tomo II, Págs. 195-196.

A continuación me referiré muy brevemente a estos tres tipos de valores que debe tener un abogado defensor para actuar con ética profesional.

- VALOR EMOCIONAL, que no es otra cosa que la capacidad de los seres humanos para conocer, controlar e inducir las emociones que tenemos guardado en nuestro interior y aceptar las emociones de los demás, lo que nos permitirá buscar soluciones a los problemas y tener éxito en nuestras vidas. El abogado que no domina esta inteligencia emocional, de seguro hará suyo el problema ajeno; es por esto, que se hace necesario que los abogados defensores, tengan emociones positivas para que el litigio se desenvuelva en un ambiente de positividad.

- VALOR RACIONAL, es la capacidad de actuar lógicamente; es la capacidad de razonar, de pensar, de entender, de relacionar, de obtener conocimientos. La inteligencia racional actúa con razones a diferencia de la inteligencia emocional que actúa con emociones, con sentimientos. Si en nuestra vida cotidiana y sobre todo en el ejercicio profesional de la abogacía se encuentra en constante tensión entre “razón” y “sentimiento”, para lograr el éxito en los casos sometidos a contienda, es indispensable mantener un equilibrio absoluto entre las emociones y las razones. Pero, para lograr el éxito deseado, a más de estos dos tipos de factores, existen otros que nos permiten realizar juicios de valor y se les conoce como juicios axiológicos.

- CAPACIDAD PARA VALORAR (AXIOLOGÍA), que desde el punto de vista jurídico no es otra cosa que el conocimiento indispensable que se hace necesario para valorar y construir juicios axiológicos y proyectarlos a la búsqueda de soluciones de los problemas jurídicos que se pretende juzgar. Tener una inteligencia axiológica es tener un conjunto de actitudes y de habilidades que nos van a permitir valorar, realizar juicios axiológicos y aplicarlos en forma acertada. Sobre este tema, Cueva Carrión (2008) sostiene que “un buen juzgador es aquel que, poseyendo una aptitud innata para valorar, la ha cultivado y desarrollado; que no todo abogado o máster, por el hecho de serlo, puede ser juez si no posee esa aptitud natural y la ha cultivado, porque si no cuenta con un alto nivel de inteligencia axiológica no tendrá la disposición para construir juicios axiológico” 45, es decir que el juzgador si no ha desarrollado esta capacidad axiológica, al momento de resolver le será difícil realizar juicios axiológicos y por tanto no podrá actuar con justicia al momento de dictar lo que en derecho corresponda. Tanto el abogado como el juez en su actividad judicial cada uno por su lado, en un momento determinado deberá tomar una o varias decisiones, las mismas que deben ser las más justas, racionales, equitativas y con una valoración absoluta que las partes estén convencidas que se ha hecho justicia.

El análisis de los valores éticos del abogado, tiene su fuente en el Código Deontológico de la Unión Europea, (2006); en este código, el abogado tiene como fin y objetivo el logro de la justicia, “salvaguardar los derechos del hombre frente al estado y los otros poderes” 46.

Bajo estos parámetros, el defensor público se compromete a buscar la igualdad y la equidad de los miembros en sociedad.

45.- Luis Cueva Carrión, ob., cit., Pág. 94.

46.- Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea, 2006

1.7.3. Principios Éticos de la defensa técnica penal pública.

La sociedad exige que la tarea encomendada por el Estado al Defensor Penal Público, se debe desarrollar dentro de principios éticos básicos, que proyecten una defensa técnica de calidad y que el defendido se sienta convencido de estar debidamente representado.

A continuación mencionaremos algunos de estos principios éticos:

a) La inviolabilidad de la defensa a través de la representación-

La representación del defensor público se inicia con el señalamiento de domicilio judicial para que reciba futuras notificaciones; luego de esto, la representación del defensor en un proceso penal, está orientada a su actuación a nombre del procesado; el defensor público comparece a la práctica de varias diligencias en representación de su defendido, y los efectos que se producen como consecuencia de dichos actos jurídicos, necesariamente irán en beneficio de su patrocinado. Es necesario mencionar que la representación que asuma el Defensor Público, debe mantenerse en todas las instancias procesales, hasta que exista una sentencia ejecutoriada, solo así estaremos convencidos que no se ha vulnerado el derecho a la defensa.

b) El secreto profesional a través de la confidencialidad.

Es obligación del Defensor Penal público el de mantener el secreto profesional que su defendido le haya confiado en el desarrollo de la defensa y en el transcurso de un proceso penal; esta obligación ha sido recogida en el Código Orgánico de la

Función Judicial cuando dice: “ Es prohibido a los abogados en el patrocinio de las causas 1.- Revelar el secreto de sus patrocinados, sus documentos o instrucciones...” 47, incumplir esta obligación sería actuar con deslealtad frente a su defendido, lo que se deducirá que el Defensor Público en la Defensa Técnica no ha actuado con rectitud e integridad con la que debió actuar en el ejercicio profesional;

c) El profesionalismo del Defensor Público.-

El derecho a la Defensa Técnica a través de la Defensoría Pública desde el aspecto constitucional y según las normas internacionales de Derechos Humanos, ha sido considerada como un derecho humano irrenunciable de las personas que en determinado momento lo necesiten; el Defensor Público debe demostrar su profesionalismo al actuar con lealtad y con la verdad siempre por delante, para que el juzgador pueda también actuar correctamente al momento de administrar justicia; es una convicción que cuando el Defensor público actúe con lealtad, con mesura y con la verdad, se está contribuyendo a que en un proceso penal y en la administración de justicia impere la seguridad jurídica, tan exigida por toda la humanidad en general.

d) El Defensor Público sincero.-

La sinceridad que denota el Defensor Público frente a su defendido, implica el aseguramiento que el abogado no pretende perjudicar a su cliente y que se

47.- Art. 335 Núm. 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial. No. 544 del 9 de marzo del 2009.

compromete a actuar de buena fe, siempre diciendo la verdad, sin ofrecer resultados que no se van a lograr, esto equivale a engaño, a actuar de mala fe;

e) **El Defensor Público Leal.-**

La lealtad que el defensor público imponga en su defensa, no es otra cosa que el cumplimiento de los compromisos adquiridos con su defendido y se puede evidenciar en la excelencia y la calidad del profesional; y

f) **El Defensor Público veraz.-**

La veracidad que es el sello que determina la actuación de un abogado en la defensa, se demuestra a través de la responsabilidad con que ha asumido un caso puesto en sus manos; en definitiva es el empeño y eficacia con que actúa el abogado en el ejercicio profesional.

Por tanto, si los defensores públicos asumen la defensa penal, cumpliendo los principios éticos antes mencionados, estaremos convencidos que esas defensas técnicas serán de calidad y estarán dirigidas a lograr el bien común en nuestra sociedad.

Para llegar a determinar que en un proceso penal ha existido una verdadera defensa técnica penal, y que la defensoría pública ha cumplido su misión, a más de los valores éticos que debe tener un abogado defensor y que ya lo hemos analizado con anterioridad, también se hace necesario que existan ciertas condiciones de tipo técnico tales como: Que exista una planificación de estrategias en la etapa pre-procesal y procesal penal; que se cuente con el tiempo suficiente para preparar la defensa; que exista la búsqueda de elementos de convicción

a favor del procesado; que se cuente con una teoría del caso sólida, comprobable y demostrable; que se imponga la obligación de presentar pruebas de descargo y que exista la obligación de contradecir la prueba. Todos estos aspectos serán motivo de análisis más adelante.

1.8.- La búsqueda de elementos de convicción a favor del procesado y del derecho a la presunción de inocencia en la legislación nacional e internacional.

Es incuestionable que el poder punitivo del estado busca una sanción en contra del sujeto activo de la infracción, para restituir la paz a la sociedad, pero no hay que olvidarnos que tras de esta sanción también está un ser humano, con derechos y garantías reales frente a este poder punitivo, de ahí que en todo estado, al infractor primeramente se le debe reconocer como persona y como fin en si mismo frente al poder judicial y como bien dice Jorge Vásquez Rossi (1996) “el hombre es un fin en si mismo, un sujeto fundamental del derecho y que antes de someterlo a castigo – por justo que este sea – deben agotarse todas las instancias para la exacta determinación de la imputación , otorgándosele posibilidades de descargo, oportunidad de ser oído y medios para oponerse idóneamente a la acusación.” 48

El defensor público debe buscar los elementos de convicción a favor de su defendido para evitar que sea sometido a detenciones arbitrarias, o impedir que se le pongan penas degradantes, a que no sea tratado en forma inhumana, pretendiendo siempre a conseguir que sea oído ante un tribunal imparcial e independiente y lo más importante, que prime el derecho

48.- Jorge Eduardo, Vásquez Rossi, *La Defensa Penal*, Tercera Edición, Editores Rubinzol-Culzoni, 1996, Págs. 54-55.

a la **presunción de inocencia**, otorgándole todas las garantías de las que está protegido desde el inicio del proceso hasta la culminación con una sentencia.

1.8.1.- La presunción de inocencia en la legislación ECUATORIANA.

Es necesario analizar este derecho a la **presunción de inocencia**, porque corresponde al Ministerio Fiscal destruir esta presunción o este estado jurídico, a través de la búsqueda de elementos de convicción o de las pruebas para ser presentadas a juicio, lo que en primera instancia le relevaría al procesado de buscar elementos de convicción o pruebas para demostrar su inocencia. Sobre este estado jurídico de inocencia Hernando Echandía dice:

“Generalmente se califica de presunción de inocencia a este principio. Pero no falta quienes opinan que no se trata de una presunción sino de un estado jurídico del imputado el cual es inocente hasta que no sea declarado culpable, por una sentencia firme, es decir, del estado jurídico de inocencia mientras no se pruebe lo contrario. Sin embargo, creemos que ese estado jurídico de inocencia se produce en virtud de la respectiva presunción y como consecuencia también del “in dubio pro reo”, por lo cual los dos criterios armonizan en el fondo” **49**

Bajo este parámetro, debemos entender que el estado jurídico de inocencia va de la mano con el ordenamiento jurídico de un estado, y necesariamente debe estar normado a través de los diferentes cuerpos legales y constitucionales; de no ser así, el estado jurídico de inocencia sería inexistente.

En nuestro país, el estado jurídico de inocencia está reconocido como un principio fundamental de las personas “Todo procesado es inocente, hasta que en sentencia

49.- Hernando Devie, Echandía, Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal, Edic., ABC, Bogotá, Pág. 47.

ejecutoriada se lo declare culpable”⁵⁰; pero también el estado jurídico de inocencia se encuentra establecido como una Garantía Básica del Debido Proceso, cuando dice: “ Se presume la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” ⁵¹.

La Corte Nacional de Justicia dentro de la Causa No. 0549-2011 que a través de un Recurso de Casación presentado por Carmen Amelia Cisneros, refiriéndose al Debido proceso y a la presunción de inocencia manifiesta: “Dentro del debido proceso está concebido el derecho de defensa en el artículo 76.7, este derecho es una garantía fundamental, lo que consolida un proceso penal más justo, este derecho se convierte en una garantía que limita la intervención estatal. En si, este derecho significa que toda persona que sea acusada de haber cometido un delito tiene el derecho de defenderse de los cargos que se le imputen...” ⁵² inclusive en la misma sentencia, para referirse al debido proceso y a la presunción de inocencia, se toma como base el criterio de Luigi Ferrajoli, quien hace una comparación de garantías materiales y procesales y dice: “ mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción típica y culpabilidad) las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa.” ⁵³

50.- Art. 4 del Código de Procedimiento Penal.

51.- Art. 76 Numer. 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

52.- Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Causa No. 549-2011-P-LBP, sentencia dictada el 23 de noviembre del 2012, las 11H30.

53.- Luigi, Ferrajoli, “*Justicia Penal y Democracia en el Contexto Extra procesal*”, Maracaibo, 1990, Pág. 9

1.3.2.- La Presunción de Inocencia en la legislación COLOMBIANA:

La presunción de inocencia en la legislación Colombiana se encuentra reconocida en su Constitución Política cuando dice: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado jurídicamente culpable” 54, esta disposición constitucional colombiana, impone la obligatoriedad que para llegar a una sentencia necesariamente debe respetarse el debido proceso y dentro de este proceso, la presunción de inocencia es una guía para que el juzgador pueda valorar la prueba.

En la legislación colombiana, la presunción de inocencia es un derecho fundamental que tienen todas las personas, y que al igual que en nuestra legislación ecuatoriana, el procesado o acusado, no está en la obligación de producir prueba para demostrar su inocencia, sino que esa obligatoriedad está en las autoridades competentes quienes tienen que demostrar la culpabilidad del procesado.

La Declaratoria Universal de los Derechos Humanos, también hace referencia a la presunción de inocencia como un derecho fundamental de las personas por cuanto “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.” 55

54.- Art. 29 Inc 4to de la Constitución de la República de Colombia.

55.- Art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.- La Declaración Universal de los DD.HH., es un documento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución No. 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en este documento se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos que han sido considerados como básicos que tenemos todos los seres humanos.

1.8.3.- La Presunción de Inocencia en la Legislación ESPAÑOLA.

Al referirse a la presunción de inocencia en la Constitución Española, es encontrarse con el artículo más complejo desde el punto de vista dogmático de dicha constitución; en la legislación española, el artículo 24 de la Constitución se sintetiza en “ el derecho a la tutela judicial efectiva, a la prohibición de la indefensión , a las garantías constitucionales del proceso penal, a la presunción de inocencia y a la exclusión del deber de testificar.” **56.**

Sobre la presunción de inocencia, permite al titular de este derecho interponer recursos de amparo constitucional, y esta tutela judicial efectiva, no solo protege al individuo como persona natural sea nacional o extranjera, sino que también protege a las personas jurídicas e inclusive a las personas jurídico-públicas, esto es lo novedoso en la legislación española.

Es menester mencionar que en la legislación española, la presunción de inocencia no es un principio general del derecho o en términos generales ha dejado de serlo, pero se ha convertido en un derecho fundamental de las personas y que obliga a los poderes públicos a aplicarlo en forma inmediata; este derecho fundamental se hace efectivo a través de la pureza de la defensa, la misma que es inviolable.

Con lo expresado anteriormente, podemos decir que al igual que en la legislación ecuatoriana, como en la colombiana, también en la legislación española, se presume la inocencia de toda persona, hasta que no se demuestra su culpabilidad.

56.- Art. 24 de la Constitución Española, en www.derechoshumanos.net/

Las normas legales y constitucional a nivela nacional como internacional antes citadas, determinan que el estado jurídico de inocencia es el antecedente inevitable que nos lleva a la convicción de que solo los jueces tienen la facultad de determinar a la finalización de un proceso penal si una persona es inocente o es culpable y se pueda imponer una pena, la misma que se impondrá necesariamente cuando existan las pruebas suficientes que conlleven a la certeza de que el procesado es el culpable de tal hecho delictivo.

Para llegar a establecer la culpabilidad de una persona y a la imposición de una pena, las pruebas que existan en contra del procesado, deben haberse obtenido respetando las normas del debido proceso, prueba que debe estar precedida de una acusación directa y precisa a través de fiscalía o de la víctima, y que por el principio de contradicción debe ser puesta a disposición de la defensa, para que el Defensor Público aplicando una verdadera defensa técnica tenga la facultad de contradecir dicha prueba.

En esta parte, es importante mencionar que cuando se logre destruir la presunción de inocencia, la pena es una retribución por el mal causado, que según el principio de la retribución penal de Ferrajoli, “la pena como sanción post delictum (...) es aplicable cuando se haya cometido un delito, que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica. Se trata del principio de retribución o del carácter de consecuencia del delito que tiene la pena, que es la primera garantía del derecho penal.” 57

Si creemos que todas las personas gozamos del derecho a la presunción de inocencia,

57.- Luigi, Ferrajoli, Derecho y Razón, Trad. De Perfecto Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 1995, Pàg. 368

entonces, por qué en la realidad y en la práctica no se aplica a la letra de la ley este derecho disponiendo la libertad de una persona hasta que se demuestre su culpabilidad? Al respecto, sobre “una presunción carente de verificación práctica” Abel Fleming y otro dice: “ Parecería que el error originario nace al creer que la “presunción” agrega algo a favor del estado del imputado, y no, por el contrario, que sea cual haya sido la actuación del agente con respecto a la norma, se suplanta (mientras que la actividad procesal tiende a obtener la verdad material) la base fáctica por una idea, por una conjetura, ésta si diagramada de acuerdo al punto de partida ideológico base del Estado de Derecho.” 58

Para determinar el verdadero contenido del derecho a la presunción de inocencia, se debe en primera instancia precisar la naturaleza jurídica de este derecho, así como también se debe tener claro cuáles en verdad son los intereses jurídicamente que se pretende proteger y que sin lugar a dudas será el derecho humano. Según nuestra legislación jurídico-penal, “un ciudadano puede ser inocente o culpable. La regla general es la inocencia y, la excepción, la culpabilidad. Ahora bien, para pasar del primer estado al segundo, es requisito sine qua non que medie un proceso penal y que, luego de concluido, se declare la culpabilidad del sujeto, solamente allí termina el estado jurídico de inocencia del ciudadano y adquiere el estado jurídico de culpabilidad, de lo contrario, continuará siendo inocente.” 59. Para llegar al estado de culpabilidad, necesariamente deben cumplirse todos los procedimientos legales preestablecidos; en caso contrario, si no se cumple con el debido proceso, el imputado jamás perderá su estado jurídico de inocencia.

58.- Abel, Fleming, y otro, *Garantías del Imputado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, Pág. 31

59.- Luis, Cueva Carrión, *La Casación en materia Penal*, II Edic., Quito, Edic. Cueva Carrión, 2007, Pág. 69

1.8.4.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde hace un análisis RESPECTO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA.

CASO BAYARRI VS. ARGENTINA.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bayarri vs. Argentina, ya se ha pronunciado respecto a la prisión preventiva y a la presunción de inocencia; al respecto, en su parte pertinente textualmente dice:

“ c) Presunción de inocencia:

110.- Este Tribunal ha establecido que, al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punible, existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido mas allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocido, entre ellos, el principio de presunción de inocencia. Efectivamente, en ocasiones anteriores, el Tribunal ha estimado que al privar de la libertad, en forma innecesaria o desproporcionada, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, el Estado incurre en una violación del derecho de toda persona a que se le presuma inocente, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. A igual conclusión se debe llegar si el Estado mantiene a una persona privada de su libertad preventivamente más allá de los límites temporales que impone el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención Americana.

111.- Ya quedó establecido que la víctima permaneció en prisión preventiva aproximadamente trece años y que dicho período excedió el plazo máximo previsto por la legislación interna, (...). Tomando en cuenta todo lo anterior, el Tribunal estima que la prolongada duración de la prisión preventiva de Juan Carlos Bayarri en el transcurso de un proceso penal violatorio de la Convención Americana convirtió aquella en una medida punitiva y no cautelar, lo cual desnaturaliza dicha medida. El Tribunal estima que el Estado violó el derecho del señor Bayarri a ser presumido inocente y que, en consecuencia, es responsable por la violación del artículo 8.2 de la Convención Americana en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri.” **60**

60.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bayarri Vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, Párrafos 110-111 en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.doc

Ahora bien, para centrarnos en la búsqueda de elementos de convicción a favor del procesado, primeramente debemos mencionar en quién está la obligación de demostrar la culpabilidad porque como ya dijimos anteriormente la inocencia no se prueba, se presume. Indudablemente que quien está obligado a probar algo es quien afirma poseer una verdad; nos estamos refiriendo al “*Onus probando*”, más conocido como la carga de la prueba.

El origen del “*Onus probando*”, nace de un aforismo jurídico que dice “ lo normal se presume, lo anormal se prueba”, es decir que quien afirmar haberse cometido algo anormal, tiene la carga de la prueba, tiene la obligación de probarlo; inevitablemente tenemos que volver a mencionar que toda persona está protegida por la presunción de inocencia, mientras no se demuestre su culpabilidad, teniendo la ventaja de que quien acusa, obligadamente tiene que demostrar lo que acusa, tal es el caso por ejemplo del delito de lavado de activos, en donde la norma le impone al fiscal probar el origen ilícito de los activos que se hayan lavado; dicha norma en su parte pertinente dice: “Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de otros delitos cometidos dentro o fuera del país. Esto no exime a la Fiscalía General del Estado de su obligación de demostrar fehacientemente el origen ilícito de los activos supuestamente lavados.” 61. (Lo subrayado es mío)

Como podemos observar, en la realidad, no es tan cierto que la inocencia se presume, sino que también le corresponde al procesado probar su inocencia; es decir que la carga de la prueba en un proceso penal no necesariamente está en la fiscalía, está también en el

61.- Ley Para Reprimir el Lavado de Activos, R. O.-S 352, 30 de diciembre de 2010, Art. 14, Let. f). Inc. 2do.

procesado, quien también tiene la obligación de evacuar pruebas a su favor para que sean valoradas por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica; en tal virtud, la carga de la prueba está en la parte procesal que tiene interés en probar lo que se deba probar para tener éxito en el proceso, lo que en la etapa de juicio le servirá para fundamentar sus pretensiones.

Partiendo de la premisa que el papel del defensor penal público es activo, de alto nivel, de conocimientos profundos en el campo penal, y que comparece al proceso con las mismas capacidades y destrezas con las que comparece el fiscal, es decir en igualdad de condiciones, con los mismos derechos y con las mismas armas y facultades con las que actúa el fiscal, se hace necesario analizar sobre la obligatoriedad de la búsqueda de elementos de convicción a favor del procesado por parte del Defensor Penal Público.

Pare empezar con la búsqueda de elementos de convicción a favor del procesado, el Defensor Público debe centrarse en la teoría del caso planteada en el momento de haberse formulado cargos en contra de su defendido, es decir en la Audiencia de Formulación de Cargos; es a partir de ese momento, cuando el Defensor Público puede determinar las principales líneas que se debe investigar en la búsqueda de elementos de convicción e favor de su defendido; indudablemente que algunas líneas de investigación adquirirán más importancia que otras y de las cuales se servirá el Defensor Público para perfeccionar su investigación.

En este tipo de investigación, se debe buscar datos que en la defensa permitan perfeccionar elementos de descargo en cuanto al hecho así como también en cuanto a la prueba; en definitiva, podríamos decir que en la búsqueda de elementos de convicción existen

pruebas de los hechos que han motivado la Instrucción Fiscal y prueba de las pruebas con las que se pretende fundamentar la teoría del caso.

Cuando se busca una prueba de la prueba, necesariamente el objetivo es claro, lo que se pretende por parte de la defensa es que los elementos de convicción que son la base sustancial de un hecho delictivo, no sean objetados ni desestimados por la contraparte en la audiencia preparatoria de juicio, es decir que esos elementos de convicción deben ser veraces y auténticos para que tengan la calidad de prueba en la etapa de juicio.

Otro factor importante que debe tomar en cuenta la defensa, es el hecho delictivo por el cual está siendo procesado su defendido, entendiéndose como hecho delictivo, el hecho fáctico que debe estar rodeado de los elementos tanto objetivos, como subjetivos y normativos del tipo penal, razón por la cual, se hace necesario determinar los verbos rectores que conllevan el tipo penal, así como también, es necesario ubicar tanto el dolo como la culpa del sujeto activo de la infracción.

El doctor Ernesto Albán Gómez, al referirse a la tipicidad es muy enfático en decir que “ es precisamente la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley. En ese caso, estaremos frente a un acto típico” 62. En esta parte, hemos creído necesario mencionar a la Tipicidad, porque es importante conocer las funciones fundamentales que cumple la tipicidad en un proceso penal y que según Ernesto Albán Gómez son las siguientes:

62.- Ernesto, Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I, Decimo tercera Edición, Colección Profesional Ecuatoriana, Pág. 155.

- a) “Sirve para la aplicación del principio de legalidad (no hay delito sin ley previa) (...)”
- b) “La tipicidad (...) delimita el acto y se relaciona estrechamente con la antijuricidad. Tipicidad y antijuricidad no son, por supuesto, caracteres idénticos, pero la tipicidad es un indicio de antijuricidad. No siempre el acto típico será antijurídico; en ciertos casos no lo será , pues la tipicidad no tiene una significación valorativa, sino que es puramente descriptiva y objetiva.(...)”
- c) “La tipicidad tiene además una fundamental función procesal. La comprobación de la tipicidad de una conducta es un requisito básico para iniciar y continuar el proceso penal. El fiscal para iniciar la instrucción (Art. 217 del Código de Procedimiento Penal) deberá tener elementos suficientes para considerar que se ha cometido un hecho delictivo y si al concluirla estableciera que no hubo tal, deberá abstenerse de acusar (...) **63**

En la búsqueda de elementos de convicción a favor de su defendido, se debe tomar en cuenta también la gravedad del hecho delictivo, y para esto, es necesario tomar en consideración los siguientes principios rectores:

- a) LA LESIVIDAD, que no es otra cosa que la afectación al bien jurídico protegido por parte del sujeto activo de la infracción.
- b) LA PROPORCIONALIDAD, que se refiere a la imposición de una sanción o una pena la misma que debe ir en la misma proporción con el grado de afectación del bien jurídico protegido.
- c) LA INCRIMINACIÓN DE CONDUCTAS, que se refiere a la búsqueda de una sanción dirigida al sujeto activo de la infracción que con su conducta ha lesionado el bien jurídico protegido; es decir que en este caso lo que se busca es la sanción a quien cometió el delito; se trata de un derecho penal de acto, no de autor.

63.- Ernesto, Albán Gómez, ob., cit., Págs. 155-156

Con la búsqueda de elementos de convicción a favor del procesado, se pretende también buscar la verdad como uno de los objetivos primordiales del proceso penal, pero es importante preguntarnos ¿ qué tipo de verdad es la que se busca dentro del proceso?. La verdad procesal o material es la que sin duda se persigue en un proceso penal de carácter garantista, porque llegar a una verdad real, resulta inútil, ya que no se puede llegar a descubrir la verdad en su totalidad. Al respecto Ferrajoli dice: “Si una justicia penal completamente con verdad constituye una utopía, una justicia penal completamente sin verdad equivale a un sistema de arbitrariedad, (...), Como una fórmula sintética, se puede decir que el juicio penal- como por lo demás toda actividad judicial – es un “saber-poder”, es decir una combinación de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*). En semejante entrelazamiento, cuanto mayor es el poder, tanto menor es el saber, y viceversa.” ⁶⁴, es muy conocido que en un proceso penal, por más que se busquen elementos de convicción, no se logra llegar a la verdad absoluta, es por esto que el Abogado Defensor Público a favor del procesado solo buscará una verdad procesal, que llegará a establecer a través de los elementos de convicción que serán presentados en la etapa de juicio, para que se eleven a la calidad de prueba y que sean valorados por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica.

Cuando se ha logrado determinar la existencia de un acto delictivo, de principio ya existe un grado de verdad, que necesariamente tanto el proceso penal como los actos investigativos, irán dirigidos a descubrir a los presuntos autores de este hecho; en el momento en que ya se pueda individualizar a los posibles autores del delito cometido, indudablemente

64.- Luigi, Ferrajoli, ob., cit., Pág. 45-46

que estamos frente a otra verdad, lo que permitirá recabar los elementos de convicción que permita sustentar una acusación, la misma que estará orientada a la fundamentación de una verdad fáctica y verdad jurídica de la pretensión punitiva, debiendo tener en cuenta que todas las pruebas que hayan sido recopiladas serán reproducidas en la etapa de juicio, siendo en esta etapa en donde efectivamente concluye la búsqueda de pruebas y aparece la verdad procesal a través de una sentencia.

Sobre la verdad fáctica y la verdad jurídica, Ferrajoli propone un ejemplo y dice:

“ Ticio ha (o no ha) cometido culpablemente tal hecho denotado por la ley como delito. Esta proposición puede ser descompuesta en dos proposiciones (o juicios): una fáctica o de hecho y la otra jurídica o de derecho. La primera es que “Ticio ha cometido culpablemente tal hecho” (por ejemplo, ha ocasionado culpablemente a Cayo una herida curada en dos meses); la segunda es que “tal hecho está denotado por la ley como delito” (según nuestro código penal, como “lesiones graves”) (...). Precisamente, la verdad de la primera es una verdad fáctica, en cuanto que es comprobable a través de la prueba del acaecimiento del hecho y de su imputación al sujeto inculcado; la verdad de la segunda es una verdad jurídica en cuanto que es comprobable a través de la interpretación del significado de los enunciados normativos que califican al hecho como delito.” 65 .

El defensor Penal Público, tiene por su lado, la responsabilidad de buscar también los elementos de convicción para demostrar tanto la verdad fáctica como la verdad jurídica que favorezcan a su defendido y poder obtener una sentencia absolutoria en donde se ratifique su estado de inocencia, como una garantía básica del debido proceso; para ello, se debe tomar en cuenta la legalidad de la prueba, por cuanto, la prueba para que haga fe y tenga valor en juicio, “la prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio

65.- Luigi, Ferrajoli, ob., cit., Pàg. 48

conforme a las disposiciones de este código. No se puede utilizar información obtenida mediante (...) engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad...” 66

En definitiva, la búsqueda de elementos de convicción por parte del Defensor Público a favor de su defendido, debe estar enmarcado en los procedimientos legales y en la Constitución de la República del Ecuador, pues, en caso contrario, como bien lo dispone el artículo 76 numeral 4 de la Carta Magna, “las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerá de eficacia probatoria.”.

1.9.- La planificación de estrategias en la etapa pre-procesal y procesal penal.

Que es una estrategia desde el punto de vista jurídico? Para responder esta pregunta, primeramente debemos hacer una diferencia entre lo que es Estrategia y Táctica Jurídica.

La estrategia jurídica es la revisión y la preparación de todos los medios necesarios para poder conseguir el objetivo general del derecho que se pretende conseguir teniendo claro el fin propuesto; en cambio la táctica jurídica pretende buscar los medios específicos que sean el camino idóneo para que se haga realidad la estrategia; es decir que la estrategia se la debe concebir desde el punto de vista macro jurídico, mientras que la táctica desde el punto de vista micro jurídico. Para lograr que tanto la táctica como la estrategia se hagan realidad, se necesita la creatividad y audacia, dos aspectos muy importantes que deben estar presentes en el Defensor Penal Publico y desde luego con dotes de intuición, visión, experiencia y

66.- Art. 83 del Código de Procedimiento Penal.

conocimiento. Estas son unas de las cualidades del Defensor Penal Público, para que su servicio a la sociedad sea de buena calidad.

Como podemos ver, el medio para lograr el objetivo general propuesto en la defensa, es la estrategia que el abogado defensor utilice en el derecho; toda estrategia lleva consigo una conjetura, es decir pensar en cómo se podrían desenvolver los hechos, o cómo podrían resolver los jueces sobre tal caso, e inclusive qué medios idóneos podría utilizar para influir en los hechos y que ocurran como lo tenía proyectado.

Factor importante es que para planificar una adecuada estrategia, se debe tener a la mano una buena información sobre el tipo de caso, conocer a su oponente, conocer la colaboración y los medios posibles que puedan estar a su disposición, el espacio táctico, y por último calcular en forma exacta las decisiones a tomar.

En definitiva una estrategia jurídica positiva, necesita de información adecuada, decisiones bien calculadas y energía tanto mental como física que permita el éxito en la defensa. Un buen estratega en el aspecto jurídico debe tomar en cuenta sus fortalezas y sus debilidades y descubrir la dimensión propia del caso puesto en sus manos.

Una vez que en términos generales conocemos el objetivo de una estrategia, a continuación describiremos algunos tipos de estrategias posibles que pueden ser aplicadas tanto en la etapa de indagación previa como en la etapa procesal penal, para que la Defensa Penal Pública sea de calidad.

- Tener un conocimiento claro del hecho delictivo atribuido a su defendido.
- Analizar en forma detenida, todos los elementos de convicción que existan en contra de su defendido y que hayan sido recopilados en la etapa de Indagación Previa.
- Descubrir las actuaciones adoptadas por parte de la fiscalía con el auxilio de la Policía Judicial para la obtención de dichos elementos de convicción, a fin de detectar si para tal efecto no se han utilizado medios ilegales o irregulares que podrían caer en ineficacia probatoria.
- La entrevista previa y escucha activa del defensor, aspecto que con detenimiento ya lo hemos analizado con anterioridad.
- Establecer un cronograma de visitas a su defendido, en donde debe primar la puntualidad y el tiempo disponible del defensor.
- En cada entrevista con el defendido se debe procurar que aflore la empatía entre las partes y sobre todo, el abogado defensor, debe desarrollar la habilidad para escuchar a su patrocinado y conseguir una relación de confianza.
- Se debe tener pendiente el estado de salud tanto físico como mental del defendido, a fin de considerar necesario solicitar la práctica de exámenes médicos legales que le favorezcan a su defendido.
- Exigir que se le ponga a disposición el expediente fiscal a fin de analizar la documentación y sacar la información disponible a favor de su defendido.
- Planificar y coordinar en forma conjunta con el procesado, la defensa tomando en consideración el aspecto jurídico, los elementos de cargo y de descargo y las pruebas que le puedan servir si el caso llega a la etapa de juicio.

- Convenir en lo favorable o desfavorable para el defendido sobre declarar o no sobre los hechos que se le imputan; en el caso de que sea su deseo el de declarar, se debe preparar con el defendido dicha declaración, haciéndole conocer lo que aquello implicaría
- Realizar acercamientos tanto con el fiscal a cargo de la causa como con el juez de derecho, con el fin de informarle y hacerle notar que existen pruebas que le van a beneficiar a su defendido.
- Determinar y definir las pericias que deben ser solicitadas y practicadas en beneficio de su defendido,
- Coordinar con el grupo de testigos en caso de haberlos, para que tengan conocimiento del hecho delictivo y sobre lo que tendrán que declarar en el momento requerido.
- Debe existir una constante presencia del defensor público en las diferentes diligencias dispuestas por fiscalía y que hayan sido solicitadas por las partes.
- El defensor público debe estar vigilante que se respeten las garantías constitucionales, así como las garantías procesales de su defendido y que se cumplan los plazos procesales establecidos en la ley, a fin de alegar en la etapa correspondiente sobre los vicios de procedibilidad o procedimiento que puedan afectar la validez del proceso en caso de haberlos.
- En la audiencia de juicio, el defensor público debe presentar su teoría del caso, la misma que debe ser coherente con los hechos y plantear una hipótesis comprobable.
- Se debe tener mucha responsabilidad en el desarrollo de la audiencia, ya sea presentando las pruebas de descargo y contradiciendo las pruebas que presente la

contra parte o la fiscalía; contrainterrogando a los testigos y peritos de acuerdo a la conveniencia de la defensa.

- En la etapa de juicio, se debe analizar con detenimiento la conveniencia o no de que el acusado rinda su testimonio; en el caso de que acepte declarar, se debe precautelar que los interrogatorios que formule la fiscalía sean legales y sobre todo que se refieran al hecho delictivo motivo de la audiencia de juzgamiento.
- En lo que respecta al debate final, el Defensor Público debe cuidar que su exposición vaya dirigida a mencionar sobre hechos y circunstancias que más le favorezcan a su defendido.
- En lo referente a la Etapa de Impugnación, el Defensor Público, debe hacer un análisis minucioso del contenido de dicha sentencia, en especial cuando sea condenatoria y al determinar si ha habido vicios o violaciones a la ley, deberá definir conjuntamente con su defendido los recursos que deba plantear, haciendo uso de su legítimo derecho a la defensa.

Estamos convencidos que si el Defensor Público cumple a cabalidad estas estrategias, tendrá asegurado el éxito en su defensa y sobre todo su defensa técnica será de calidad.

CAPITULO II

2.- EL DEFENSOR PÚBLICO PROTECTOR DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DEBIDO PROCESO.

2.1.- La importancia del defensor público desde que el Estado formula cargos en contra de una persona.

Toda imputación de un delito a una persona nace a través de la audiencia de flagrancia y de formulación de cargos.- La audiencia de flagrancia, tiene como antecedente el delito flagrante. Delito flagrante "... es el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta hasta la detención..." 67

En cambio, la audiencia de formulación de cargos, tiene como antecedente una indagación previa sobre un supuesto hecho delictivo; y "cuando el fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, enviará a la sala de sorteos la petición al juez de garantías penales, a fin de que señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos, acto en el que se solicitará, de estimar pertinente, las medidas cautelares personales y reales". 68

67.- Art. 162 del Código de Procedimiento Penal.

68.- Art. 217 del Código de Procedimiento Penal.

Al momento en que una persona es privada de su libertad, tiene el derecho a conocer las razones que han motivado su detención y la autoridad que ha ordenado esta medida; además, se le informará del derecho a permanecer en silencio y a solicitar la presencia de un abogado defensor” **69**

El abogado defensor público, desde el momento en que se le formula una imputación a su cliente, tiene una importancia preponderante; su obligación es el de velar que no se vulneren las garantías constitucionales y por ende sus derechos fundamentales.

Sobre este aspecto, Juan Gómez (1996) manifiesta que:

“los derechos fundamentales pueden ser, y de hecho son al mismo tiempo, aunque considerados desde un punto de vista distinto, libertades públicas, garantías institucionales o principios procesales”, además dice que “ los derechos fundamentales procesales, entendidos en sentido amplio, incluyen también a los principios procesales, garantías institucionales y libertades públicas reconocidos por la Constitución y que tienen aplicación en el proceso penal” **70**.

Estos derechos fundamentales tienen que ser defendidos con mucha responsabilidad. Sobre las garantías constitucionales del debido proceso, Dino Caro manifiesta que “es el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y

69.- Art. 166 del Código de Procedimiento Penal.

70.- Juan-Luis, Gómez Colomer, *Constitución y Proceso Penal*, Madrid, Tecnos, 1996.

(...) por los tratados internacionales que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y en última instancia mantener un equilibrio entre la llamada “búsqueda de la verdad material” y “los derechos fundamentales del imputado” 71

El sistema procesal penal ecuatoriano, para que sea efectivo, y garantice los derechos fundamentales del imputado, está íntimamente relacionado con los principios establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, es por esto que sobre este tema, nuestro sistema procesal penal, reconoce dos clases de garantías procesales: a) Garantías Procesales Genéricas y b) Garantías Procesales Específicas.

- a) **GARANTIAS PROCESALES GENÉRICAS:** En este tipo de garantías se encuentran por regla general el derecho a la presunción de inocencia, pues todo procesado es inocente hasta cuando en sentencia condenatoria ejecutoriada se declare su culpabilidad; también se encuentra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que nuestra norma suprema reconoce una serie de derechos constitucionales y mecanismos procesales para tutelarlos, que se hacen efectivo a través de ciertas acciones de garantías constitucionales tales como “acción de protección”, “Acción de Habeas Corpus”, “Acción de Habeas Data”, que están contemplados en nuestra Constitución; medios procesales constitucionales que tienen como finalidad sustancial, la vigencia de las garantías constitucionales procesales penales y la defensa de estas garantías, cuando se encuentren en inminente peligro. También, dentro de las garantías

71.- Dino, Caro, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Perú, Pág. 188.

procesales genéricas se encuentran el derecho de defensa y del debido proceso, las mismas que serán aplicadas en todas y cada una de las etapas del proceso, hasta la culminación del trámite; a través del debido proceso se hacen efectivas todas las garantías, de derechos fundamentales y de libertades de las que somos titulares todas las personas, que vivimos en un estado constitucional de derechos.

b) GARANTIAS PROCESALES ESPECIFICAS: En este tipo de garantías, se encuentran aquellas que se desprenden de las garantías procesales generales y que van netamente dirigidas a los principios constitucionales tales como: el principio de presunción de inocencia, principio de inmediación, principio de contradicción, el derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos, principios que tienen en sí, el carácter propio de protección.

2.1.1.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hace un análisis SOBRE LA PRESENCIA DEL DEFENSOR DESDE QUE SE FORMULA LA IMPUTACION.

CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, ha hecho un análisis sobre la importancia de la presencia del defensor desde el

momento mismo en que el Estado ha decidido formular imputación a un ciudadano, y la sentencia en su parte pertinente textualmente dice:

“2. Comunicación previa y detallada de la acusación (artículo 8.2.b)

28.- Para satisfacer el artículo 8.2.b convencional el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. La Corte ha observado que la puntual observación del artículo 8.2.b es esencial para el efectivo derecho a la defensa.

29.- Ahora bien, el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, (...). En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de las personas investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. (...)

47.- El hecho de que el señor BarretoLeiva hubiese podido conocer por los medios de comunicación o por su declaración previa ante el Congreso (supra párr. 33) el tema de la investigación que se estaba realizando, no releva al Estado de cumplir con lo dispuesto en el artículo 8.2.b de la Convención. El investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no solo deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan. De esta forma su respuesta podrá ser efectiva y sin el margen de error que las conjeturas producen; se garantizará el principio de congruencia, según el cual debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculcado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia y se asegurará el derecho a la defensa.

48.- En razón de lo expuesto, el Tribunal concluye que Venezuela violó el derecho consagrado en el artículo 8.2.b de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Barreto Leiva.” **72**

72.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_espl.pdf, Párrf. 28, 29, 47 y 48.

Son estas las garantías procesales que el defensor público tiene que hacer prevalecer desde el momento mismo en que se inicia un proceso penal, tanto más que los objetivos principales de las audiencias de flagrancia y de formulación de cargos son los de deducir una imputación y de resolver sobre medidas cautelares tanto reales como personales del sospechoso.

Desde estas instancias, se revisten de importancia las técnicas de litigación que tiene que aplicar el defensor público ante un juez de garantías penales como en un tribunal penal. Si el objetivo es obtener un resultado favorable de un juez penal como en el caso de las audiencias de flagrancia o de formulación de cargos, en donde al darse inicio a una Instrucción Fiscal, el objetivo básico es conseguir que no se dicte medida cautelar de prisión preventiva en contra de su cliente o por el contrario si esta medida de carácter personal ya ha sido dictada, tratar de conseguir la sustitución de dicha medida, si el caso no esté restringido por la ley. 73.

Es de vital importancia que el defensor público logre convencer al juez que no es necesario dictar dichas medidas, pero se convence con razones, no con emociones y estas razones deben ser debidamente fundamentadas con razones de hecho y de derecho, construidas con proposiciones fácticas calificadas jurídicamente.

Para hacer un análisis sobre la Prisión Preventiva y sobre las medidas alternativas a esta medida cautelar, se hace necesario mencionar que la Constitución de la República del Ecuador hace referencia de la sujeción de los instrumentos

73.- El Art. 171 literal b) Inc. 2do. del Código de Procedimiento Penal restringe la sustitución de la prisión preventiva en casos de delitos contra la administración pública, y en todos los delitos de reclusión.

internacionales a la Constitución y su plena vigencia manifestando que: "... Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetará a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios proserhumano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución...". 74

En el caso que nos ocupa, es importante realizar un análisis de los postulados sine qua non de la figura jurídica de la prisión preventiva, pero tomando como referencia las jurisprudencias que sobre este tema se han dictado a nivel internacional:

2.1.2.- Jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que analiza LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE.

CASO JORGE, JOSE Y DANTE PEIRANO BASSO Vs. REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY.

El 18 de octubre de 2004 y nuevamente el 30 de noviembre de 2004, los señores Carlos Varela y Carlos de Casa, presentan una denuncia y una solicitud de medidas cautelares a favor de los señores Jorge, Dante y José Peirano Basso, tres hermanos de nacionalidad Uruguaya, por la presunta violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, el derecho a la libertad durante el proceso judicial, entre otros; los hermanos Peirano Basso,

74.- Art. 417 de la Constitución de la República del Ecuador.

habían permanecido con prisión preventiva por más de cuatro años antes de ser formalmente acusados el 19 de octubre del 2006, por el presunto delito de Fraude u otros delitos Financieros, delito que según la denuncia, admitía la libertad durante el proceso y que sin embargo este derecho fue denegado; al respecto, la Corte realizó el siguiente análisis:

“V. CONSIDERACIONES GENERALES.

68.- El artículo 7 de la Convención Americana, en su punto 5 dice:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

A su vez, el artículo 8(2), expresa:

Toda persona inculpada de delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...

69.- En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general.

70.- Sin perjuicio de ello, es aceptado que el estado solo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada.

71.- En este sentido, la Comisión ha afirmado que, al establecer las razones legítimas que pudiesen justificar la prisión preventiva, en todos los casos deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual(...)

75.- Como toda limitación a los derechos humanos, esta debe ser interpretada respectivamente en virtud del principio *pro homine*, por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos. Ello se impone, asimismo, para evitar que la excepción se convierta en regla, debido a que esa restricción de naturaleza cautelar se aplica sobre una persona que goza del estado de inocencia hasta tanto un fallo firme lo destruya. De ahí la necesidad de que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, y antes de la sentencia

definitiva, sean de interpretación y aplicación restrictiva, con el cuidado de que no se desnaturalice la garantía antes citada. (...)

100.- Las medidas cautelares se establecen en tanto sean indispensables para los objetivos propuestos. La prisión preventiva no es una excepción a esta regla. Como consecuencia del principio de excepcionalidad, solo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso porque se pueda demostrar que las medidas menores lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permiten.” 75

2.1.3.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos SOBRE EL DERECHO A SER OIDO POR EL JUEZ COMPETENTE Y QUE SE RESUELVAN LA CAUSA DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE:

CASO BAYARRI VS. ARGENTINA.

En la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri Vs. Argentina, se hace un análisis respecto al derecho a ser oído y que se resuelva la causa dentro de un plazo razonable por cuanto el señor Juan Carlos Bayarri estuvo privado de su libertad por casi 13 años sobre la base de una confesión que había sido obtenida mediante tortura, y en su parte pertinente textualmente dice:

“A) Derecho a ser oído y a que se resuelva la causa dentro de un plazo razonable.

105.- La Corte ha establecido que el plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva y que de esta manera, el plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito.

106.- Como lo determinó el Tribunal (supra párr. 59), la detención del señor Bayarri tuvo lugar el 18 de noviembre de 1981, Asimismo, del expediente se desprende que el

75.- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 86-09, Caso 12.553, Jorge, José y Dante Pereirano Basso Vs. República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009, en www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm

20 de diciembre de ese año, el Juzgado de Instrucción No. 25 dictó auto de prisión preventiva en su contra (supra párr. 71) y que la sentencia de primera instancia que condenó al señor Bayarri a reclusión perpetua fue dictada el 6 de agosto de 2001, es decir, aproximadamente diez años después. El recurso de apelación interpuesto por la presunta víctima fue resuelto mediante sentencia el 1 de junio del 2004 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, que lo absolvió y ordenó su libertad. El Tribunal observa que este proceso judicial duró aproximadamente trece años, período durante el cual el señor Bayarri estuvo sometido a prisión preventiva.

107.- En casos anteriores, al analizar la razonabilidad de un plazo procesal la Corte ha valorado los siguientes elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales (...), la Corte estima que respecto de la causa penal en estudio el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri.” **76**

La Convención Americana de Derechos Humanos, respecto a la presunción de inocencia dice: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...” **77.**

Este derecho prevalece en virtud del principio de inocencia, el procesado debería permanecer en libertad, como regla general, asegurando su vinculación al juicio dictando medidas cautelares de carácter real y no de carácter personal, toda vez que la prisión preventiva tiene un carácter excepcional y se la debe dictar solo bajo determinadas condiciones, con el riesgo que dicha medida cautelar puede durar un tiempo muy excesivo; en estos casos, se puede correr el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, toda vez que se podrá considerar a la prisión preventiva como una presunta pena anticipada. Es por esto que se exige un tiempo prudencial y “razonable” para que una persona esté privada de su

76.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bayarri Vs. Argentina, Sentencia de 30 de octubre de 2008, Párraf. 105, 106 y 107., en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.doc

77.- Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8 Núm. 2.

libertad, tiempo durante el cual, la persona debe ser considerada inocente hasta que no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada. Aquí se presenta un problema de conflicto entre el derecho a no ser privado de su libertad hasta que se dicte una sentencia y la obligación del estado de respetar esos derechos y de que el proceso no se frustre por la falta de comparecencia a juicio por parte del procesado, ante lo cual debe primar la garantía de la libertad de las personas.

2.1.4.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, SOBRE EL EJERCICIO DEL PODER SIN LÍMITE POR PARTE DEL ESTADO.

CASO VELASQUEZ RODRIGUEZ VS. HONDURAS.

Según la denuncia presentada en la Comisión, Manfredo Velásquez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, fue apresado en forma violenta y sin que exista una orden de captura, por elementos de las Fuerzas Armadas de Honduras, y que había sido sometido a interrogatorio bajo crueles torturas, acusado de supuestos delitos políticos, siendo desaparecido posteriormente y la Comisión observó al Gobierno, que tales hechos han constituido gravísimas violaciones al derecho a la vida y al derecho a la libertad personal; Sobre este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos textualmente dice:

“150.- El fenómeno de las desapariciones constituyen una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral. (...)

154.- Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder puede ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana...” (...)

155.- ... El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal...” 78.

Es incuestionable que la Convención Interamericana de Derechos Humanos prevé como fundamentos indispensable para ordenar una prisión preventiva el peligro de que el procesado con su ocultamiento pueda eludir la acción de la justicia o que con su accionar pueda obstaculizar las investigaciones impidiendo de esta forma el esclarecimiento del hecho lo que a la postre iría en su favor.

El Pacto Internacionales de los derechos Civiles y Políticos dice: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”. 79

Al respecto es necesario mencionar que el riesgo de fuga del acusado o la obstaculización en las investigaciones, debe estar necesariamente fundado en circunstancias claras y objetivas, por lo que las legislaciones deben establecer presunciones determinadas sobre la existencia de este peligro, teniendo como base circunstancias de hecho, las mismas que al ser comprobadas deben ser tomadas en cuenta por el juzgador al momento de dictar una

78.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia 29 de julio de 1988, Párrafo 150, 154 y 155. En www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc

79.- Art. 9.3. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

prisión preventiva como medida de carácter excepcional.

Atentar contra la libertad de un imputado en un proceso penal, la prisión preventiva se torna ilegítima; al respecto Ferrajoli se ha manifestado en los siguientes términos: “Yo pienso, por el contrario que la misma admisión en principio de la prisión *ante iudicium*, , sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sólo sobre la base de un juicio. Por otra parte, todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio” **80**.

Hasta cierto punto se debe analizar si la prisión preventiva es una necesidad imperiosa dentro de un proceso o es el simple capricho de la acusación. La Doctrina y jurisprudencias han justificado la prisión preventiva, manifestando que esta medida de carácter personal se la dicta supuestamente por el peligro de alteración de las pruebas y por el peligro de fuga del procesado. El peligro de fuga, de hecho está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no estuviera ante esta perspectiva, tendría por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena, el máximo interés en no escapar y defenderse. **81**

Al respecto me pregunto, que debe suceder cuando ya se hayan evacuado todas las diligencias del caso y que ya no haya el peligro de alteración de las pruebas? o cuando se

80.- Luigi, Ferrajoli, ob., Cit., Pág. 555.

81.- Luigi, Ferrajoli, ob., cit., Pág. 558.

haya justificado en forma documentada que el procesado no tiene la intención de evadir a la justicia con su ocultamiento?, indudablemente que el procesado privado de su libertad debe obtenerla de inmediato, hasta cuando se determine su culpabilidad mediante una sentencia ejecutoriada, luego de lo cual, el sentenciado debe presentarse a uno de los centros carcelarios destinados para el efecto, a cumplir la pena impuesta por el juzgador.

Por el contrario, si se pretende conseguir una sentencia absolutoria, la técnica de litigación en donde opera la persuasión, va dirigida a generar impresiones emocionales al Tribunal de Garantías Penales, lo que será motivo de estudio posteriormente, cuando abordemos el punto relacionado con la teoría del caso en la etapa de juicio y la presentación de pruebas de descargo a favor del acusado.

2.2.- Importancia del defensor público en la versión del procesado.

La normativa procesal y constitucional, garantizan el derecho a las personas para que no sean interrogadas ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía o por una autoridad policial sin la presencia de un abogado particular o de un defensor público, Art. 76 No. 7, Lit. e) de la Constitución de la República del Ecuador; en igual forma, se “reconoce el derecho de toda persona a no autoincriminarse”. **82**

82.- Art. 81 del Código de Procedimiento Penal.

La exigencia constitucional de la presencia del abogado defensor particular o público es porque la misma Constitución garantiza el derecho a no declarar contra sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad, es decir a no auto incriminarse. Esto se logra impedir gracias a una oportuna intervención del defensor sea público o privado al momento en que el imputado comparece a rendir su versión, por cuanto la obligación del defensor es asesorar a su cliente sobre el derecho a permanecer en silencio o a declarar evitando una autoincriminación.

La norma constitucional reconoce el derecho al silencio, entendiéndose como el derecho a no declarar contra sí mismo, sin que el derecho al silencio sea interpretado como medio de prueba en su contra; pero como bien dice Ferrajoli, “ en el modelo garantista del proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse.” **82.**

Entonces, por qué guardar silencio, cuando se tiene la oportunidad de defenderse de las acusaciones que se han presentado en su contra?; desde luego, como estrategia, el abogado defensor público debe tener el suficiente cuidado de asesorar a su cliente cuándo debe declarar y cuándo debe acogerse al derecho al silencio, como derecho constitucional.

Cabe mencionar que el funcionario público llámese fiscal, juez, miembro de la fuerza pública o cualquier otra persona que viole este derecho universal obligándole al procesado a declarar contra sí mismo, incurre en un hecho delictivo, el mismo que se encuentra tipificado

82.- Luigi, Ferrajoli, ob., cit., Pág. 608.

y sancionado en el Art. 203 del Código Penal; tanto más que esta prueba se vuelve ineficaz.

El abogado defensor debe cuidar que se cumpla el derecho que tiene el imputado para poder abstenerse de declarar **83**, cuando ese sea su deseo, inclusive la normativa procesal dice: “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...”. **84**

Si una versión o testimonio es obtenido de esta forma ilegal, se constituye en prueba ilegal y por ende debe ser excluida, teniendo como consecuencia jurídica la ineficacia probatorio, pues, “toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales, carecerá de eficacia probatoria alguna” **85** y esta ineficacia se va a extender a todas aquellas pruebas que se hayan obtenido como producto de dicha violación constitucional

Las reglas de Mallorca, han establecido una serie de reglas para la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente, tales como:

“Noveno: 1) El imputado tiene derecho irrenunciable a declarar libremente o a guardar silencio sobre los hechos que se le imputan...” “Decimo Segundo: 1) El abogado defensor podrá asesorar al imputado en todas las fases del procedimiento. 2) Ningún interrogatorio del

83.- Art. 218 del Código de Procedimiento Penal.

84.-Art. 220 del Código de Procedimiento Penal

85.- Art. 80 del Código de Procedimiento Penal.

imputado podrá ser tomado en consideración cuando su abogado defensor no haya podido asesorarle sobre si le convienen o no declarar, o advertirle sobre el significado inculpatario de sus manifestaciones, (...) 4) Se garantiza el secreto de las comunicaciones entre el imputado y su abogado en el marco de la relación profesional. 5) Las pruebas obtenidas mediante violación del derecho a la defensa son nulas y, en consecuencia, no podrán ser utilizadas como tales en el proceso.” **86.**

En la práctica, el sospechoso o procesado al momento de rendir su versión, es objeto de interrogatorio por parte de fiscalía, pero este interrogatorio no se lo debe considerar como un elemento en contra del procesado sino más bien como un elemento de defensa, porque en esta instancia le permite hacer conocer su verdad, lo que a la postre le servirá como medio de prueba a su favor, pues así lo considera Ferrajoli cuando dice: “El interrogatorio del imputado, en una visión no inquisitiva del proceso, no es una necesidad de la acusación, sino un derecho de la defensa que debe servir, por tanto, no para adquirir pruebas de culpabilidad, sino solo para oponerse a la imputación y para hacer posible al acusado su propia defensa.” **87,**

Si el interrogatorio al momento de rendir su versión el procesado se lo realiza mediante medios coercitivos o en base a la fuerza, induciéndole a una autoincriminación, indudablemente que ese acto se torna ilegal e ilegítimo constituyéndose en aspectos humillantes y aflictivos del sistema punitivo, lo que estaría en contraposición con los principios establecidos en la Constitución de la República del Ecuador artículo 77 Numeral 7 Lit. c), referente a que nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

86.- Las reglas de Mallorca se las conoce a las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para el Procedimiento en Materia Penal, elaboradas por una comisión de expertos, reunidos en Palma de Mallorca entre 1990 y 1992 en donde se estableció las reglas para la exclusión de la prueba.

87.- Luigi, Ferrajoli, ob., cit., Págs. 556-557.

En la norma procesal penal, se encuentran tipificadas ciertas salidas alternativas que bien podrían estar en contraposición con el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, en asuntos que pueden ocasionar su responsabilidad; una de las salidas alternativas es La suspensión condicional del procedimiento, en donde el requisito indispensable para que el juez acepte esta salida alternativa es “que el procesado admita su participación” **88** , en el hecho fáctico. En este caso bien se podría entender que el estado le condiciona al procesado para que a cambio de una autoincriminación, se suspenda un proceso penal que se ha instaurado en su contra y cumpliendo ciertas medidas alternativas a la prisión preventiva impuestas por el juzgador por un tiempo determinado, se logre el archivo de la causa.

La suspensión condicional del procedimiento, establecido en nuestra norma procesal penal, bien puede tener su acierto, en el criterio de Ferrajoli respecto a “un proceso sin prisión provisión” cuando dice que “El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo porque así se asegura la dignidad el ciudadano presunto inocente, sino también- es decir, sobre todo – por necesidades procesales: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación...” **89**, con la diferencia que en esta medida alternativa se busca el archivo de la causa

88.- Art. 37.2 del Código de Procedimiento Penal.

89.- Luigi, Ferrajoli, ob., cit., Pág. 559.

2.2.1.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos RESPECTO A LA PRESENCIA DEL DEFENSOR EN LA VERSION DEL PROCESADO.

CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, hace referencia a la obligatoriedad de la presencia del defensor en el momento de rendir la versión el procesado dentro de un juicio penal y en su parte pertinente textualmente dice:

“4.- Derecho del inculpado a ser asistido por un defensor de su elección (artículo 8.2.d)

58.- Según la Comisión y el representante, se impidió al señor Barreto Leiva contar con un abogado defensor durante las declaraciones rendidas en la etapa sumarial.

61.- La acusación puede ser enfrentada y refutada por el inculpado a través de sus propios actos, entre ellos la declaración que rinda sobre los hechos que se le atribuyen, y por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien asesora al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecutar, inter alia, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.

62.- Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona (supra párr. 29), el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a este contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo. (...)

64.- En consecuencia, el señor Barreto Leiva tenía, conforme a la Convención Americana, el derecho de ser asistido por su abogado defensor y no por el Ministerio Público, cuando rindió las dos declaraciones pre procesales indicadas en los párrafos 35 y 40 supra. Al habersele privado de esa asistencia, el Estado violó en su perjuicio el artículo 8.2.d de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de la misma.” **90**

90.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf, Párrf. 58, 61, 62 y 64.

En definitiva, la regla general es que nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo, y es el abogado defensor público quien al estar presente en el momento de la recepción de la versión, tiene que cuidar que este derecho constitucional no se vulnere.

2.3.- Obligación del Defensor Público de contar con el tiempo suficiente para preparar la defensa.

Como parte de las garantías básicas del derecho al debido proceso, el derecho a la defensa, es un derecho que se encuentra contemplado tanto en los instrumentos internacionales de derechos humanos como en nuestra constitución.

El derecho a la defensa, aglutina en sí, a todas las garantías tanto procesales como constitucionales, lo que implica que, solo cuando se haya cumplido con todas estas garantías, se puede llegar a una sentencia justa en un juicio justo.

El artículo 8.2 literales d) y e) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, le da la opción al procesado de poderse defender personalmente, pero aquello puede afectar al debido proceso por cuanto se debe entender que el procesado no es letrado y necesita de la asistencia de un profesional en el derecho que asuma la defensa técnica penal, a fin de que frente a la acusación esté en igualdad de condiciones.

Nuestra legislación ecuatoriana, también faculta para que "... La jueza o Juez de garantías Penales o el Tribunal de Garantías penales pueden autorizar **que el procesado se defienda por si mismo;** en ese caso el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la

defensa técnica.” **91** (Las negrillas y lo subrayado es mío); esta facultad procesal, en la práctica es inaplicable, porque así el procesado contara con el tiempo suficiente para preparar su defensa, no estaría en la capacidad de ejercer la defensa por si solo ni así estuviese siendo controlado por un abogado, toda vez que con el transcurrir de los tiempos, las leyes se han desarrollado y han tomado un carácter más técnico, tornándose necesaria la defensa técnica penal a través de un abogado defensor.

Al respecto, el doctor Víctor Manuel Peñaherrera, sobre el derecho a la autodefensa, no ha sido partidario y ha realizado el siguiente análisis:

“ A medida que las leyes se desarrollan y progresan, los problemas jurídicos van tomando un carácter más técnico, mas científico y profundo, y quedando, por lo mismo, mas lejos del alcance de los profanos, por inteligentes e ilustrados que sean. Para los mismos profesores rara es la cuestión fácil; y aún en aquellas que a primera vista parecen muy obvias, la meditación y el estudio van descubriendo nuevos aspectos, nuevas consideraciones, que conducen frecuentemente a conclusiones diversas y aún contrarias. En el intrincado y complejo laberinto de los procesos, el que no es abogado, no puede dar por si solo el mas mínimo paso, sin correr una aventura peligrosa; de modo que el litigante que no cuenta con director letrado, tiene que confiarse a un leguleyo tan osado como ignorante, que, si hábil para alucinarle, no hará sino conducirlo a un enredo ruinoso.- Por estos motivos he llegado a admitir la tesis contraria (...) Yo no he tenido ni conozco cliente alguno lego, capaz de dirigirse por si solo en ningún litigio...” **92**

Los pactos internacionales de derechos humanos, han considerado de vital importancia en un proceso penal la defensa técnica penal, la misma que para su realización debe estar

91.- Art. 12 del Código de Procedimiento Penal.

92.- Víctor Manuel, Peñaherrera, *De la Abogacía*, Editorial Universitaria, Quito, 1990, Pág. 36, 37,38 y 40.

acompañada de otros derechos tales como el derecho a la defensa material, el derecho a designar un defensor de su entera confianza, el derecho a contar con un defensor público, entre otros derechos; pero el derecho que analizaremos en este punto es el derecho a contar con los medios y con el tiempo necesario para preparar su defensa.

2.3.1.- Jurisprudencia Panameña RESPECTO A LA DEFENSA TECNICA:

Luis Cueva Carrión en su obra la Casación en Materia Penal, hace referencia a una sentencia dictada por la Sala Constitucional de Panamá, en la que se analiza la Defensa Técnica y en su parte pertinente textualmente dice:

“(…) La defensa técnica es una de las garantías procesales del imputado, de modo que si un abogado asume la función de defensor, no solo acepta brindar un servicio a su patrocinado sino que, paralelamente, se convierte en un auxiliar de la justicia penal. De ello dimana el que el incumplimiento de sus deberes pueda ser sancionado por la autoridad judicial a cargo del proceso afectado por él” (Sala Constitucional. Vto. 1059 de las 16Hrs. Del 4 de septiembre de 1990.”

53

El Defensor Público, cumple un rol muy importante dentro del proceso penal, al asumir la defensa de un caso determinado. A más de conocer las normas legales, tiene la obligación de invocarlas para sustentar su defensa; el defensor público debe conocer que

cuenta con los medios necesarios y con el tiempo suficiente para preparar su defensa. No sería dable que las diligencias que tienen que ser practicadas en un tiempo determinado, sean solicitadas a último momento, lo que ocasionaría la imposibilidad de su ejecución con los resultados ya conocidos, esto es dejarle al procesado en la indefensión.

2.3.2.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos RESPECTO A CONTAR CON EL TIEMPO Y LOS MEDIOS ADECUADOS PARA PREPARAR LA DEFENSA.

CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, hace referencia al tiempo y los medios necesarios para preparar la defensa el procesado y en su parte pertinente textualmente dice:

“3. Concesión del tiempo y medios adecuados para preparar la defensa (artículo 8.2.c)

50.- El estado indicó que las normas aplicables al procedimiento penal vigente cuando sucedieron los hechos fueron observados por la CSJ. Agregó que la limitación a la exigencia de publicidad en la fase sumarial obedece al requerimiento de cierto grado de reserva para asegurar el éxito de las investigaciones, así como evitar el desdoro o perjuicio que una imputación pueda causar a las personas, la pasión y el intereses de particulares, partidos o colectividades que pudieran entabrar o torcer el rumbo de las averiguaciones sumarias; y la posibilidad de que el investigado hallándose en aviso se ponga a salvo y despiste la justicia. (...).

53.- Al respecto, esta Corte se remite a lo ya expuesto en los párrafos precedentes (supra párrs. 45 y 46) y únicamente agrega que aunque reconoce la existencia de la facultad e incluso la obligación del Estado de garantizar en la mayor medida posible el éxito de las investigaciones y la imposición de sanciones a quienes resulten culpables, el poder estatal no es limitado. Es preciso que el Estado actúe dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana.

54.- Uno de esos derechos fundamentales es el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, prevista en el artículo 8.2.c de la Convención, que obliga al Estado a permitir el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra. Asimismo, se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquel en el análisis de la prueba.

55.- Si el Estado pretende limitar este derecho, debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la convención.

56.- En el presente caso, la Corte observa que, de conformidad con la ley (supra párrs. 51 y 52), los recaudos sumariales, mientras duraba el sumario, eran siempre secretos para el investigado no privado de su libertad. En otras palabras, el derecho a la defensa del investigado siempre estaba supeditado, siendo irrelevante para la ley – y por mandato de ésta, para el juez – las características del caso particular.

57.- Por lo anterior, el Tribunal concluye que el Estado violó el artículo 8.2.c de la Convención, en relación con al artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Barreto Leiva...” **94**

Para nadie es desconocido, que en muchos de los casos, se ha podido observar que, el abogado asume la defensa media hora antes de la audiencia de juzgamiento; indudablemente, aquello no es ético ni correcto; el abogado defensor público si no ha contado con el tiempo y los medios necesarios para preparar su defensa, debe acudir a la norma constitucional, que garantiza al procesado para “ Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa” **95** y solicitar al tribunal el diferimiento de dicha audiencia, a fin de que con el tiempo suficiente, prepare su defensa para que sea técnica y de calidad.

94.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf, Párrf. 50, 53, 54, 55, 56 y 57.

95.- Art. 76 Núm. 7, Lit. b) de la Constitución de la República del Ecuador.

2.4.- La obligación del defensor de contar con una teoría del caso sólida y comprobable en la etapa de juicio.

Según algunos tratadistas y estudiosos del derecho, la teoría del caso es el instrumento más importante para la preparación de la defensa y el desarrollo de la etapa de juicio, pues es la estrategia que tiene el abogado defensor público referente a los hechos que va a probar en el juicio en defensa del procesado.

En el desarrollo del juicio oral, el abogado defensor público, debe proveer al tribunal los medios de prueba idóneos que fueron ofrecidos al momento de haber presentado su teoría del caso, por lo que dichas pruebas deben ser convincentes y guardarán armonía con la teoría del caso. Una teoría del caso bien planteada, permitirá el desarrollo y la fluidez de la defensa en la etapa de juicio; además permitirá que se produzca un perfecto debate entre las partes, a través de la proposición y la refutación de las pruebas presentadas, teniendo como objetivo primordial que los jueces puedan determinar una verdad a través de la certeza.

Sobre la teoría del caso, Hesbert Benavente ya nos da un concepto “es el planteamiento metodológico que cada una de las partes debe realizar desde el primer momento en que han tomado conocimiento de los hechos, con la finalidad de dotar de un solo sentido, significado u orientación a los hechos, normas jurídicas –sustantivas y procesales –, así como el material probatorio – también conocido como evidencias –“⁹⁶

96.- Hesbert, Benavente Chorres, *La Aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*, Flores Editor y distribuidor, 2011.

La teoría del caso no es otra cosa que el ejercicio intelectual que realiza el defensor público tendiente a planificar, desarrollar y ejecutar en una forma coherente, determinadas acciones generalmente conocidas como estrategias, tendientes a destruir la teoría del caso acusatoria presentada por el Ministerio Público a través del fiscal. Es en esta primera fase de la etapa de juicio, en donde se pone en juego la creatividad del Defensor Público para ejecutar la defensa técnica penal de una forma eficaz, eficiente y oportuna.

Según el criterio de Baytelman y Duce, “La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no solo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino vincula tanto de la evidencia cómo es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin adornos, o de una compleja y sofisticada, la teoría de un caso es un producto del trabajo del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás.”⁹⁷, es decir que con la teoría del caso, se estructura una especie de historia que se aproxima a la realidad con aspectos de credibilidad y que necesariamente debe estar soportada con elementos probatorios, oportunos, pertinentes, revestidos de argumentos lógicos y jurídicos que harán fe en la etapa de juicio.

El defensor público no debe olvidar que para que su defensa sea técnica y de calidad, desde el primer momento en que se tuvo conocimiento de un hecho delictivo y asumió la defensa, debe empezar a construir una teoría del caso, equivalente a una hipótesis sujeta a verificación y comprobación, como una estrategia para preparar sus argumentos probatorios y

97.- Duce M, Baytelman, Litigación Penal y Juicio Oral, Quito, Esquel-USAID, 2003, Págs. 37- 41

dogmáticos en beneficio de su defendido y poder obtener una sentencia favorable; es decir que desde el primero momento y en el desarrollo tanto de la indagación previa como de la Instrucción Fiscal, se debe ir estructurando la hipótesis de investigación sobre el hecho delictivo, a fin de que al llegar a la audiencia de juzgamiento, se cuente ya con una teoría del caso sólida y bien estructurada.

2.4.1.- Qué características debe tener una teoría del caso?

Una teoría del caso, para que sea utilizada como estrategia en nuestra defensa debe tener las siguientes características:

- a) **LÓGICA.-** En primer lugar para que una teoría del caso, pueda ser manejada en el desarrollo de la etapa de juicio, debe guardar armonía en lo que se planteo como teoría a ser demostrada y las pruebas de descargo que se vayan a presentar en esta etapa.
- b) **SENCILLA.-** Para que el mensaje llegue al juzgador, la teoría del caso debe ser presentada en una forma sencilla, con relatos claros y no con palabras rebuscadas o con retórica; esto puede distorsionar el mensaje con el riesgo que llegue en forma errada o confusa.
- c) **CREIBLE.-** La teoría del caso al momento de ser presentada, debe estar revestida de credibilidad, acorde con el sentido común, y como un hecho humano decorado de realidad, que permita persuadir al juzgador, porque es él quien va a valorar y contrastar la teoría del caso con la prueba que se presente.

- d) **SUSTENTADA EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**- La teoría del caso desde el punto de vista de la defensa técnica penal pública, debe estar basada en el derecho que se pueda aplicar al caso específico, motivo del enjuiciamiento. Si decimos que la teoría del caso debe estar sustentada en el principio de legalidad, ésta tendrá como objetivo determinar la ausencia de algún elemento del tipo penal, o de la culpabilidad o de la antijuricidad, en un hecho delictivo sometido a la justicia.

La teoría del caso, siempre debe estar sujeta a posibles cambios que en el desarrollo de la investigación se puedan presentar, pero estas variaciones deben ser moderadas, toda vez que, al existir un cambio brusco o total de la teoría del caso, haría que el juzgador tenga una percepción negativa sobre la teoría del caso planteada y sobre todo esta actitud iría en descrédito de la defensa.

2.4.2.- Como se elabora la Teoría del Caso?

El abogado defensor público debe elaborar la teoría del caso cual si fuera un relato de un hecho sucedido, tomando en consideración la enunciación del tema, un relato sucinto de los hechos, la determinación de pruebas que van a ser presentadas en la audiencia de juzgamiento y que tengan relación con la teoría del caso y sobre todo la determinación de lo que en dicha audiencia pretende probar; es decir que la teoría del caso es la pieza fundamental en el alegato de apertura.

El alegato de apertura se hace evidente al momento de la presentación de la teoría del caso; es la primera información que el abogado defensor le hace llegar al juzgador, a través de

un resumen objetivo de los hechos sucedidos y de las pruebas con las que cuenta y terminará haciendo una promesa que con esas pruebas va a demostrar que su defendido no es culpable del hecho atribuido.

Para la perfecta estructura y elaboración de un alegato de apertura, se debe tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- a) Se debe evitar presentar conclusiones en la teoría del caso, por cuanto, en esta primera fase de la teoría del caso, no se tiene nada demostrado.
- b) Se debe aprovechar este momento para decidir qué pruebas conviene presentar y su orden de presentación, recomendando que el orden de presentación será el más adecuado, a fin de que permita una reconstrucción de los hechos que favorezcan al procesado.
- c) Se recomienda que en el alegato de apertura se ofrezca demostrar lo que se pueda cumplir, pues de lo contrario, se perderá credibilidad ante el juzgador.
- d) Al momento de la organización de las pruebas a ser presentadas, con mucha prudencia se debe eliminar las pruebas que no considere necesarias, y escoger las pruebas que vayan dirigidas hacia el elemento fáctico que se pretende probar, sin descuidar que dichas pruebas van a estar sometidas a una probable contradicción por parte del contendor.

2.4.3.- Como se perfecciona una teoría del caso?

Para la elaboración de una teoría del caso, perfectamente estructurada, a través de la formulación de proposiciones fácticas que permitan la construcción de un relato, lógico, creíble, comprobable y debidamente respaldado en pruebas, se debe tomar en cuenta los siguientes puntos:

- a) Buscar la relevancia penal en hechos que han sido presentados por parte del Ministerio Público y que a través de la investigación podríamos llegar a determinar si esos elementos se adecúan a los elementos constitutivos de un delito que se le atribuye al defendido.
- b) Se debe formular una proposición fáctica, que no es otra cosa que una afirmación sobre un hecho sucedido, presentado en un lenguaje fácilmente entendible y que recogerá ciertas experiencias vividas en un caso concreto.
- c) Se debe realizar un registro detallado de las proposiciones que sean necesarias y que permitan respaldar la teoría del caso. No se debe perder de vista que a cada proposición necesariamente debe corresponder medios de prueba que demuestren lo que se pretende demostrar.
- d) En lo posible se debe estructurar un relato lógico, que sea creíble y que esté debidamente motivado; para llegar a esta estructuración, el relato que se cuenta, se lo debe hacer en una forma cronológica, de tal manera que el juzgador pueda captar de

una manera fácil el mensaje o la idea que se pretende hacer llegar; esta narración cronológica debe estar reflejada en el relato que hagan los testigos que al rendir sus testimonios lo hagan con una secuencia lógica.

- e) La regla de oro es evitar presentar una teoría del caso ambigua, incoherente y contradictoria; este tipo de teorías difícilmente podrán ser demostradas y comprobadas ante el juzgador, pues difícilmente se podrá contar con elementos probatorios que sustenten estas teorías.

Con los enunciados anteriores, debemos decir que la teoría del caso, es una técnica de litigación, que permite al abogado defensor, preparar y planificar estrategias mediante la exposición de los hechos que le favorezcan al procesado, para desvirtuar las pruebas que hayan servido como elemento de vinculación al hecho delictivo.

En definitiva, en la presentación de la teoría del caso, el defensor público se convierte en un mensajero; el mensaje del abogado defensor público es justamente su teoría del caso a través de la narración; es incuestionable que si el mensajero es bueno, el mensaje llega al juzgador quien en definitiva es el receptor del mensaje, y es a él a quien el defensor público tiene que tratar de persuadir y convencer que lo relatado es la verdad y que su defendido no ha cometido el hecho que se le atribuye.

2.5.- La obligación del defensor de presentar pruebas de descargo.

Antes de analizar la obligatoriedad que tienen el defensor público de presentar pruebas de descargo a favor de su defendido, se hace necesario, realizar un análisis de “la carga de la prueba” como un peso, una obligación de probar lo alegado.

En términos generales, al actor le corresponde la carga de la prueba, en virtud del principio “*ACTORI INCUMBIT ONUS PROBANDI*”, pero este principio opera en el campo civil, en donde el demandado no está obligado a probar nada si su contestación ha sido simplemente negativa.

En el campo penal, es totalmente diferente, toda vez que partiendo de la premisa que el objetivo de la prueba penal es llegar a buscar la verdad histórica y no la formal, es evidente que a través de la investigación en el proceso penal, se desea encontrar la verdad objetiva, material; se desea descubrir los hechos tal cual como han ocurrido en la realidad; este tipo de investigaciones tienen la particularidad de ser amplias y no se limitan únicamente a las pruebas que presenten las partes.

En el campo penal, el titular de la acción penal siendo como en efecto lo es el Ministerio Público, el fiscal debe cumplir con lo dispuesto en el Art. 65 del Código de Procedimiento Penal, el mismo que en su parte pertinente dispone: “Funciones.- Corresponde a la fiscal o fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública (...) Es obligación de la fiscal o el fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no solo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del

imputado.”, pero la carga de la prueba no solo debe quedar en manos del fiscal, sino que también el procesado, a través de su defensor público, tiene la obligación de producir prueba en su favor, por cuanto, la carga de la prueba “*ONUS PROBANDI*” permite determinar lo que cada uno de los sujetos procesales tengan interés en probar, para así poder tener éxito dentro del proceso penal.

Es incuestionable que dentro de un proceso penal, tanto el acusador particular como el fiscal, en la etapa de juicio tienen la obligación de probar que un determinado delito se ha cometido y que este acto antijurídico se le puede atribuir a una persona determinada e individualizada, pues así lo dispone la norma adjetiva penal, “En la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo.”, Art. 250.

Con lo estipulado en la norma procesal transcrita, se podría pensar que la carga de la prueba única y exclusivamente estaría en el acusador particular y en el fiscal, pero si queremos llegar a la esencia del caso, por **el principio de investigación integral de la verdad** las partes procesales están en la obligación de aportar pruebas de cargo o de descargo, para que el juzgador pueda tener la certeza de la existencia del hecho delictivo y de la culpabilidad del acusado, conforme a lo preceptuado en el Código Adjetivo Penal, “La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción fiscal.” Art. 252.

Al hablar de pruebas de cargo y de descargo que pueden ser aportadas por las partes procesales, en la etapa de juicio, estamos hablando de *la libertad de prueba*; al respecto Abarca Luis dice:

“ los sujetos procesales pueden producir cualquier prueba que consideren convenientes para los intereses de su defensa o pretensiones procesales, siempre que las fuentes de prueba que utilizan hayan sido obtenidas constitucionalmente y en la práctica se respeten los derechos humanos y se observen las garantías del debido proceso; lo cual significa, que los sujetos procesales gozan de libertad para producir cualquier prueba, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.” **98**

Pero esto no significa que los sujetos procesales puedan abusar de la libertad de prueba; el juez o el Tribunal de Garantías Penales, tiene la obligación de controlar este derecho y de considerarlo necesario, rechazar las pruebas impertinentes o que no tengan relación con la litis o en su defecto, cuando estas pruebas sean inconstitucionales o ineficaces, por haber sido obtenidas violando la ley o el debido proceso.

En el sistema penal acusatorio, la inocencia no se prueba, se presume, de ahí que según el criterio de Ferrajoli “ Al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega aquella formulando la acusación. De aquí el corolario de la *carga acusatoria de la prueba* expresado por nuestro axioma A9 *nulla acusatio sine probatione.*” **99**, de lo expresado anteriormente, se puede evidenciar la separación de papeles de las partes procesales, y sobre todo se evidencia que la

98.- Luis Humberto, Abarca Galeas, ob., cit., Pág. 201.

99.- Luigi, Ferrajoli, ob. Cit., Pág. 611

carga de la prueba no le compete al imputado sino al fiscal quien forma la prueba y presenta ante el juzgador, quien tiene la obligación de valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Sin embargo, de lo dicho anteriormente también se puede entender que se debe desplazar la carga de la prueba sobre la acusación formulada por fiscalía a través del derecho a la defensa que tiene el imputado quien haya sido acusado de un hecho delictivo, y justamente este derecho a la defensa se hace evidente con la presentación de pruebas en su favor a través del defensor público, en la etapa de juicio, tal como lo dispone el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal: “ Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes (...)”, si esas pruebas son presentadas después de la etapa de juicio, por el principio de concentración, dejarán de tener la calidad de prueba, y no podrán ser valoradas por el juzgador como tales, para efectos de dictar la sentencia correspondiente.

De ahí que, es obligación del defensor público, presentar las pruebas de descargo a favor de su defendido, en el momento oportuno señalado por la norma procesal penal, en la etapa procesal correspondiente y ante los tribunales pertinentes, pues si no se lo hace, surtirán los siguientes efectos:

- 1.- Si quien no presenta prueba de descargo es el Defensor Público, existiría una falta de defensa técnica penal y el acusado se quedaría en la indefensión, violándose en su contra el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, lo que daría lugar para que en la etapa de impugnación el acusado pueda interponer los recursos que considere pertinentes y que están contemplados en la ley.

2.- Pero si quien no presenta prueba en contra del acusado es el fiscal, indudablemente que el juzgador debe ratificar el estado de inocencia del acusado dictando sentencia absolutoria, por falta de prueba. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia) en varios casos ha emitido fallos favorables por falta de presentación de pruebas:

“No.97-06
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 13 de marzo del 2006; las 14H30

VISTOS.- Jorge Berrezueta Berrezueta, interpone recurso de casación de la sentencia condenatoria dictada en su contra por el Tercer Tribunal Penal del Azuay, que le impone la pena modificada de dos años de prisión correccional como autor del delito de tráfico ilegal de migrantes (...) CUARTO.- En el libelo de fundamentación, el proponente dice: que en este proceso no se ha demostrado la existencia material de la infracción menos aún la responsabilidad del procesado violándose el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, que se han violado además el artículo 79 y el último inciso del artículo 119 del Código antes mencionado (...). Que se le ha penado en base de una declaración referencial, sin que se haya practicado ninguna otra prueba en su contra (...) “SEXTO.- La Ministra Fiscal general, puntualiza que el Fiscal incumplió con sus obligaciones señaladas en el artículo 286 del Código de Procedimiento Penal (hoy Art. 286.1 del C.P.P.), al no haber solicitado la práctica de pruebas, negligencia que ha determinado que en la especie no se haya justificado la existencia del delito y la culpabilidad del infractor ocasionando la impunidad de la infracción, por lo que ha dispuesto a la Dirección de Recursos Humanos el correspondiente sumario administrativo, solicitando de la Sala, que por las reiteradas violaciones de la ley, se case de oficio la sentencia.- RESOLUCION.- Por lo expuesto, existiendo violación de la ley procesal vigente en la sentencia, además del artículo 192 de la Carta Constitucional, y estimando el recurso de casación interpuesto por el procesado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, esta Primera Sala de Casación Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia impugnada y enmendando el error de derecho absuelve a Jorge Berrezueta Berrezueta cuyas generales de ley constan dentro del proceso...” **100.**

100.- Sentencia de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 13 de marzo del 2006; las 14h30, Causa No. 97-06 Casación, que se siguió en contra de Jorge Berrezueta Berrezueta, Publicada en el R.O. No. 3 del 18 de enero del 2007.

Es importante mencionar que para que una prueba tenga los efectos legales correspondientes, por el principio de legalidad o de licitud, la prueba solo tiene valor si ha sido obtenida por medios lícitos y conforme a las disposiciones contempladas en el código de Procedimiento Penal, no hacerlo, carecerá de eficacia probatoria y se estaría violando la norma constitucional, los convenios internacionales de derechos humanos y el debido proceso.

En definitiva, la iniciativa probatoria, proviene de las partes procesales; en el caso que nos ocupa, la iniciativa probatoria proviene del procesado, a través de la Defensa Técnica Penal Pública a cargo del defensor público asignado para el efecto, quien en la etapa de juicio se transforma en órgano productor de la pruebas, y tiene la obligación de probar los hechos que debe probar, de acuerdo a los intereses planteados en su defensa, tomando en consideración las pruebas con las que cuenta en la etapa de juicio. Estas pruebas deben ser puestas a disposición de la fiscalía o de la parte acusadora, para que hagan uso del principio de contradicción probatoria y el tribunal pueda analizarlas bajo las reglas de la sana crítica.

2.5.1.- Jurisprudencia ecuatoriana SOBRE EL DERECHO A PRESENTAR PRUEBAS DE DESCARGO.

La Corte Suprema de Justicia, en uno de sus fallos se ha pronunciado respecto a la facultad que tiene el procesado de presentar pruebas de descargo a su favor y que no se debe poner obstáculos en la presentación de las pruebas, para que impere el derecho a la defensa; dicha sentencia en su parte pertinente textualmente dice:

“ ... En el presente caso, el recibo materia de este análisis lo encontramos adicionalmente agregado a fs. 14 y 2.471 de los autos, estableciéndose que el primero de fecha siete de septiembre de mil novecientos noventa se encuentra certificado por la secretaría del Banco Central del Ecuador Sucursal en Loja, que

señala que se trata de una copia "... igual al original que reposa en los archivos del banco central del Ecuador sucursal Loja", mientras que el segundo que no tiene fecha lo certifica el mencionado Jefe de Seguridad, quien asegura que " esta fotocopia es de la original que reposa en la Oficina de Seguridad del Banco Central del Ecuador, Sucursal Loja". Siguiendo con el análisis del indicado recibo que ha sido impugnado, encontramos que otra copia ha sido incorporada a fs. 2463 y en la certificación autorizada por el Jefe de Seguridad de dicha Institución Bancaria y que no tiene fecha se le ha impuesto un agregado que los similares recibos singularizados en líneas anteriores (constan a fs. 17, 144 y 2.471) no lo tienen y a través de cuya certificación se hace aparecer como que la esposa del sindicado Román Espinosa ha depositado los indicados valores a su nombre, lo cual no se encuentra probado conforme a las normas del Derecho.- El Tratadista Nicola Framarino considera que "el instrumento que se presenta como medio de prueba, debe ser original y no una copia, íntegra y no mutilada y sin ninguna apariencia de vicio (...) puesto que en esta pueden introducir variaciones que cambien el significado del documento, y las variaciones pueden producirse a pesar de la buena fe del copista, por apresuramiento o por inadvertencia al copiar, especialmente cuando la copia fue escrita en un tiempo que no hacía prever la futura importancia que luego ella habría adquirido" (Lógica de las pruebas en materia Criminal, Tomo II, Págs. 387 y 388) y ello precisamente se ha producido con dicho instrumento – recibo- que habiendo sido elaborado por el Jefe de Seguridad del Banco Central de la Sucursal de Loja los textos de las copias del mismo difieren sustancialmente uno de otro y dentro de este proceso no se encuentra definitivamente incorporado el original del tantas veces mencionado recibo.- Y en esta parte, es necesario destacar que en todo proceso penal nunca deben ponerse obstáculos en la presentación de la mejor prueba, ya que se debe tener como finalidad suprema lograr que la certeza subjetiva responda en cuanto sea posible a la verdad objetiva..." **101.**

El defensor público, debe tener el suficiente cuidado de presentar las pruebas, sean estas materiales, documentales o testimoniales, según sea el caso, dentro de **la fase probatoria**; igualmente el defensor público debe hacer uso de su derecho de contradicción probatoria a través del contrainterrogatorio, en esta fase y no en otro momento, toda vez que la oportunidad para cumplir con las diligencias y los derechos antes mencionadas **precluyen** cuando el tribunal ha declarado que la fase de prueba ha terminado. Si el defensor público ha cumplido a cabalidad con esta obligación procesal, bien podríamos decir que la defensa técnica ha sido de calidad.

101.- Sentencia de la Sala de lo Penal de 17 de mayo de 1994.

2.6.- La obligación del defensor público de contradecir la prueba.

Factor importante debe merecer en un proceso penal el derecho que tiene el imputado a un juicio justo y público.

Necesariamente para que el Defensor Público tenga la oportunidad de contradecir la prueba, en un sistema acusatorio, los juicios deben ser públicos, constituyéndose en un mecanismo que permite que la sociedad pueda observar y analizar la manera como se administra justicia.

Refiriéndose a la publicidad del juicio y del proceso en sí, como medio para contradecir la prueba, Mariconde dice: “... la verdad y la justicia no pueden separarse y tener secretos; la justicia requiere la luz (...) de lo contrario, cuando el procedimiento se desenvuelve en el misterio, en él penetra y domina la sospecha y el arbitrio (...) la publicidad es una garantía de justicia y de libertad; el imputado encuentra en ella una tutela contra la calumnia, la ilegalidad y la parcialidad (...)” **102**

Las partes procesales y el administrador de justicia, tienen la obligación a más de ejecutar en forma oral todo acto procesal, también tienen la obligación de hacerlo públicamente, en los lugares, en el día y hora señalados para el efecto. Siendo la publicidad un derecho constitucional para la efectivización del debido proceso, esto permitirá que se haga

102.- Vèvez, Mariconde A, ob., cit., Pág. 195 – 196

efectivo el control social o bien se haga efectiva la censura pública de la administración de justicia.

Para que el defensor público tenga el derecho de contradecir la prueba a favor de su defendido, a más de la publicidad del juicio, se hace necesario que también tenga conocimiento del proceso. El conocimiento del proceso que debe hacer el defensor público, es un conocimiento de los hechos que se han desarrollado en un escenario, en un lugar, en un día y hora determinado; también tiene relación con la obligación de conocer las evidencias o pruebas que constan dentro del proceso y que han sido introducidas cumpliendo el debido proceso; una vez que se tenga un conocimiento amplio del proceso, el Defensor público tiene la oportunidad de poner en práctica su habilidad para contradecir la prueba que afecte a los intereses de su defendido y por el contrario, si esa prueba le favorece, debe aplicar su habilidad axiológica para conseguir que el juzgador le dé el valor jurídico que corresponda a esa prueba.

En lo referente al derecho que tiene el imputado de contradecir la prueba, aquello se puede ejecutar a través de dos derechos claramente definidos:

- El Derecho de Objeción de la prueba y
- El Derecho a la contradicción probatoria.

2.6.1.- Derecho de objeción de la prueba. El sistema procesal oral, permite que se haga efectivo el derecho de objeción, el mismo que tiene como objetivo primordial el

de interrumpir la práctica de algún acto, cuando se tenga la convicción que se pretende vulnerar alguna garantía del debido proceso o de derechos humanos.

El defensor público, debe objetar lo que considere que se debe objetar, en forma oportuna, para que el tribunal en primera instancia califique dicha objeción y en segundo lugar evitar que el tribunal tenga contacto con esa prueba objetada. Si la objeción es calificada favorablemente por el juzgador, dispondrá que la parte procesal infractora, reformule su pregunta al tratarse de interrogatorio o contrainterrogatorio, o si se trata de presentación de prueba, que la parte infractora no continúe con la presentación de dicha prueba impugnada por el derecho de objeción.

Se hace evidente y necesario hacer efectivo el derecho a la objeción, en los casos de interrogatorio al acusado en la audiencia de juicio, cuando la contraparte o los jueces del tribunal, realizan preguntas que conduzca a una autoincriminación del acusado; en este caso el defensor público, obligatoriamente deberá objetar este tipo de preguntas, para lo cual deberá fundamentar dicha objeción y posteriormente deberá asesorar a su defendido para que no conteste estas preguntas por ser inconstitucionales.

En términos generales, debemos conocer los motivos de las objeciones cuando se refieran a pruebas o evidencias presentadas en la audiencia de juzgamiento. Se debe objetar si la prueba ha sido obtenida en forma ilegal, es decir que estaríamos frente a una ilegalidad de la prueba, o cuando dicha prueba ha sido incorporada a juicio de una forma ilegal sin haberse cumplido el debido proceso, es decir estaríamos frente a una ineficacia probatoria, o cuando esa prueba es irrelevante o no tienen relación con

el caso que se pretende juzgar, o cuando esa prueba no ha sido puesta en forma oportuna en conocimiento de las partes para que sea contradicha en su debida oportunidad por el principio de contradicción.

Al respecto, refiriéndose a los sujetos procesales y al derecho de objeción el jurista Luis Abarca dice: “ Es de relieves que, el ejercicio del derecho de objeción tiene lugar cuando el titular del órgano jurisdiccional no cumple con la Función de Garante, observando las normas del debido proceso en sus propias actuaciones procesales orales, o cuando permite que los sujetos procesales en la práctica de las actuaciones procesales orales que les corresponde ejecutar, vulneren las normas del debido proceso.” **103**

Pero que puede suceder si el juzgador, quien es el destinatario de la objeción, pese a que quien objeta haya fundamentado en legal y debida forma su objeción, al momento de calificar no la acepta?, indudablemente que estaríamos frente a un terrible error jurídico, que conlleva a la vulneración del debido proceso por haberse violentado el derecho de objeción, teniendo como consecuencia la interposición de recurso tales como el de nulidad, el de casación o el de revisión, para que se enmienden o corrijan los errores en que ha incurrido el juzgador al haber violentado el derecho de objeción.

En definitiva, el defensor público, para que su defensa sea de calidad, y haga notar al juzgador que está cumpliendo su función a cabalidad, en la audiencia de juzgamiento

103.- Luis Humberto, Abarca, ob., cit., Pág. 99

debe estar atento a las actuaciones de la contraparte, llámese acusador particular o fiscal, para que en el momento oportuno pueda objetar lo que deba objetar en beneficio de su defendido y deba fundamentar dicha objeción en legal y debida forma.

2.6.2.- Derecho a la contradicción probatoria

Por regla general y conforme lo dispone la normativa Procesal Penal, “las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces penales” **104**; es decir que, lo que se practique antes de esta etapa, no se puede llamar prueba sino elementos de convicción o versiones, si nos referimos a las declaraciones.

Como ya lo hemos dicho anteriormente, la producción de la prueba está a cargo de las partes, también debemos decir que el derecho a la contradicción probatorio igualmente es de exclusiva responsabilidad de los sujetos procesales, derecho que se lo ejecuta a través del contraexamen a los testigos o peritos que sean presentados por las partes.

2.6.3.- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia so el DERECHO A LA CONTRADICCION PROBATORIA.

La Primer Sala de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de Casación dentro del juicio No. 97-06 de fecha 13 de marzo del 2006, sobre el derecho a la

104.- Art. 79 del Código de Procedimiento Penal.

contradicción probatoria hizo el siguiente análisis:

“SEGUNDO.- La Sala considera pertinente hacer algunas precisiones: 1) El principio (regla o máxima) de inmediación procesal implica la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquel con los actos de adquisición, fundamentalmente de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima compenetración de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso. 2) PALACIO define al principio de inmediación en sentido estricto y solo con referencia a los procesos dominados por el signo de oralidad, como “aquel que exige el contacto directo y personal del juez o Tribunal con las partes y con todo el material del proceso, excluyendo cualquier medio indirecto de conocimiento judicial”. 3) El principio de contradicción, inherente al derecho de defensa, es otro principio esencial en la práctica de la prueba, al permitir a la defensa contradecir la prueba de cargo. Se afirma que el principio de contradicción “constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo”. Se dice igualmente, que el procedimiento probatorio, ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio, que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes...” **105**

En el sistema probatorio oral, las partes procesales, tienen la obligatoriedad de introducir en la etapa de juicio sus pruebas, mediante el testimonio de las personas que llegaron a conocer sobre el hecho motivo del juicio, o si realizaron alguna pericia relacionada con el caso; estas son las fuentes de prueba por haber intervenido de una u otra forma en su producción, de tal manera que estas personas tienen la obligatoriedad de comparecer a la audiencia de juzgamiento a rendir su testimonio como elementos introductores de los conocimientos, por ser las fuentes de prueba de un hecho determinado.

El abogado defensor público, debe tener el suficiente cuidado y la prolijidad del caso,

105.- Sentencia de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 13 de marzo del 2006; las 14h30, Causa No. 97-06 Casación, que se siguió en contra de Jorge Berrezueta Berrezueta, Publicada en el R.O. No. 3 del 18 de enero del 2007.

para introducir las fuentes de prueba a través del testimonio en beneficio de su defendido.

El abogado defensor público, debe tener la responsabilidad debida, en hacer el examen o interrogatorio a sus propios testigos, observando siempre el principio de objetividad de la prueba, como una garantía del debido proceso, contemplado en el Artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, así como también, debe tener el suficiente cuidado de no realizar preguntas sugestivas a sus mismos testigos, "... Las preguntas sugestivas estarán por regla general prohibidas en el interrogatorio solicitado por los sujetos procesales a sus propios testigos o peritos, pero serán permitidas para el contra examen" **106**, pues al incurrir en este error, se corre el riesgo de quedarse sin esa importante prueba como es la prueba testimonial.

Los partes informativos, informes periciales, versiones de los testigos y cualquier declaración rendida anterior a la etapa de juicio, no se pueden considerar como pruebas, éstas informaciones solamente tendrán valor de prueba, cuando sean ratificadas mediante testimonio rendido en la audiencia de juicio, así lo dispone el Art. 119 del Código de Procedimiento Penal, es decir que si en la audiencia de juzgamiento solo se presenta la fuente de prueba y no se presenta a rendir su testimonio el órgano oral de prueba, esa prueba carecerá de valor probatorio, toda vez que se estaría vulnerando los principios de concentración, contradicción y dispositivo contemplados en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

106.- Art. 286.3 del Código de Procedimiento Penal.

Teniendo como fundamento los principios constitucionales antes citados, el defensor público, tiene el derecho y la obligación de contradecir la prueba, mediante el contra examen a los peritos y testigos que presenten los otros sujetos procesales.

El defensor público debe cuidar que los miembros del tribunal no contraexaminen a sus testigos y peritos, toda vez que aquello está prohibido por el principio dispositivo de la prueba; al respecto, Abarca Galéas Luis dice:

“ El titular del órgano jurisdiccional ante el cual los sujetos procesales producen sus pruebas y ejercen la contradicción probatoria, en observancia del Principio Dispositivo de la prueba, le es prohibido contraexaminar a los órganos de prueba, pudiendo solamente pedir que se aclaren las respuestas obscuras a las preguntas del contraexamen, así como también, a que se amplíen las respuestas incompletas a las preguntas del contraexamen, pero en ningún caso puede interrogar al órgano oral de prueba sobre hechos que no fueron materia del examen ni del contraexamen. 107

2.7.- La obligación del Defensor Público de recurrir los fallos.

En un juicio de cualquier índole que sea, en donde hay contendores, llamados partes procesales, siempre va a ver una parte ganadora y otra perdedora; una que esté conforme con el fallo y otra no; en el campo penal, este choque de intereses es más complejo, porque está de por medio la libertad de una persona cuando el fallo es condenatorio, entonces, la Convención Americana de Derechos Humanos, ha establecido el derecho a recurrir el fallo ante una instancia superior del que dictó esta resolución.

107.- Luis Humberto, Abarca Galeas, ob. Cit., Pág. 106

Este derecho a recurrir el fallo se encuentra tipificado en el artículo 8.2 Lit. h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y así como también en el artículo 14. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 76 Numeral 7 lit. m) de la Constitución de la República del Ecuador; todos estos convenios o tratados internacionales de derechos humanos, así como nuestra Constitución, otorgan la facultad a toda persona que vea afectados sus derechos por una resolución judicial, a recurrir dicho fallo. La forma en que se debe presentar los recursos y los tipos de recursos existentes, están claramente establecidos en la normativa procesal penal, sin olvidar que también existen recursos constitucionales o Garantías Jurisdiccionales tales como la acción de protección establecida en el artículo 88 de nuestra constitución, acción de habeas corpus, establecida en el artículo 89 ibídem, entre otros.

Según Cueva Carrión, “impugnar” etimológicamente proviene del latín “impugnare” “que significa: atacar, asaltar, acometer, cercar...”^{108.}, es decir que en un proceso penal, quien no está conforme con una resolución o sentencia, tiene la oportunidad de impugnar o atacar dicha resolución judicial que la considere injusta.

El Diccionario de Cabanellas, nos da un definición jurídica sobre el derecho a la impugnación y nos dice que impugnar consiste en “No reconocer voluntariamente la eficacia jurídica de un acto o la actitud de otro. Declarar que, en el fondo o en la forma, algo no se ajusta a derecho. Desconocer una interpretación por estimarla errónea o abusiva” ¹⁰⁹; al respecto, Couture, también da su criterio y dice que la impugnación es la “acción y efecto de

108.- Luis, Cueva Carrión, La Casación en Materia Penal, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2007, 2da Edición, Pág. 87.

109.- Guillermo, Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Decimoquinta Edición, Tomo IV, Edit. Heliastas S.R.L. Buenos Aires, 1982, Pág. 359.

atacar, tachar. Refutar un acto judicial, documento, deposición testimonial, informe de peritos, etc., con el objeto de obtener su revocación o invalidación” 110 y en lo que respecta a los recursos dice: “El recurso es el medio técnico de impugnación y subsanación de los errores de que eventualmente pueda adolecer una resolución judicial, dirigido a provocar la revisión de la misma, ya sea por el juez que la dictó o por otro de superior jerarquía” 111.

En el aspecto penal y en términos generales, la parte procesal que se sienta perjudicada en la decisión judicial, tiene derecho a impugnar dicha resolución a través de los recursos establecidos por la ley, con el objetivo primordial que el mismo juez o tribunal que dictó la resolución, o un juez o tribunal de jerarquía superior, vuelva a revisar sea total o parcialmente la resolución impugnada, y si el caso procede, pueda anularla o modificarla.

No se discute que los jueces tienen plena libertad para emitir sus resoluciones en base a las pruebas apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, pero no es menos cierto que dichas resoluciones de los jueces, también están controladas por las diferentes instancias superiores especializadas y en especial por el mismo procesado a través de su abogado defensor como en el presente caso a través del defensor público, quien tiene la obligación jurídica de aplicar el derecho de impugnación que la ley le otorga, cuando considere que la resolución ha sido injusta o que no ha estado apegada a derecho.

110.- Eduardo J., Couture, *Vocabulario Jurídico*, Edit., Depalma, Buenos Aires, 1978, Pág. 323.

111.- Eduardo J., Couture, ob., cit., Pág. 507.

Sobre este derecho que tiene el procesado de impugnar y de recurrir el fallo, el Dr.

Zavala Baquerizo dice:

“ El derecho de impugnar es el que la ley concede a las partes procesales en casos excepcionales para que se opongan a la ejecución de una providencia judicial (auto o sentencia) que le causa agravio mediante el recurso dirigido al mismo juez inferior para ante otro jerárquicamente superior a fin de que, luego de revisar el proceso o la decisión impugnados, según sea el caso, dicte una nueva decisión que repare el agravio.- La impugnación es derecho que el Estado concede a las partes procesales desde el momento en que se constituye la relación jurídica, que es de naturaleza del proceso. Es un derecho subjetivo que tiene toda parte procesal y que es inherente a dicha parte procesal” **112**,

En lo referente a los “recursos” Zavala citado por Cueva Carrión dice: “el recurso es un acto procesal mediante el cual se ejerce el derecho de impugnación”.

113. Bajo estos criterios, la impugnación de una resolución o sentencia vía recursos, no son más que mecanismos de control de la administración de justicia, cuyo objetivo es el de racionalizar la aplicación de la ley en sus diferentes formas.

Para el procesado o acusado, la impugnación vía recursos, es una garantía legal y constitucional que le asiste, para que dicha resolución o sentencia que le perjudique, sea examinada por una instancia superior especializada, antes que la resolución o sentencia impugnada se ejecutorie; es decir que el defensor público debe tener especial cuidado en evitar que una sentencia injusta o ilegalmente resuelta, se ejecutorie, porque de ser así, éste será un impedimento para recurrir el fallo impugnado.

112.- Jorge, Zabala Baquerizo, El Proceso Penal, Tomo I, Cuarta Edición, Editorial Edino, Bogotá, 1989, Pàg. 355 y 356

113. Jorge, Zabala Baquerizo, ob., cit., Pàg.359.

2.7.1.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, RESPECTO AL DERECHO A RECURRIR EL FALLO

CASO MOHAMED VS. ARGENTINA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Mohamed VS. Argentina, ya se ha pronunciado sobre el derecho a recurrir el fallo. Al respecto, el 23 de noviembre del 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia, determinó la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho a recurrir el fallo penal condenatorio.

El señor Mohamed, en segunda instancia, había sido condenado como autor del delito de homicidio, por lo que se había revocado el fallo absolutorio de primera instancia y cuando quiso recurrir este fallo condenatorio, se le negó este derecho.

Sobre el derecho a recurrir el fallo, la Corte hizo el siguiente análisis:

“Derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior

... La Corte estableció que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado, y que resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretarlo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. La Corte concluyó que, en los términos de la protección que otorga el artículo 8.2.h de la Convención Americana, el señor Mohamed tenía derecho a recurrir del fallo proferido por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelación el 22 de febrero de 1995, toda vez que en este se le condenó como autor del delito de homicidio culposo.

Seguidamente, la Corte se refirió al contenido de la garantía que otorga el artículo 8.2.h de la Convención. La Corte resaltó que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, y reiteró que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz, lo cual supone, *inter alia*, que: debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido; y las formalidades requeridas para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

Asimismo, el Tribunal indicó que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados partes y de la denominación que den el medio de impugnación para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada. Consecuentemente, las causas de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. Además el Tribunal consideró que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, debe asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral.” **114**

Pero cuál es la finalidad que se persigue a través de la impugnación vía recursos?, “el derecho de impugnar tiene la finalidad de obtener la revocatoria o la invalidación del acto procesal; conseguir se amplíe o se disminuya el alcance jurídico de lo impugnado; lograr que se corrija un error; u obtener se aclare su significado y conseguir precisión. Es aquí, en su teleología, donde se hace visible el derecho a la impugnación porque a las partes procesales les interesa el resultado práctico de la impugnación”. **115**

El defensor público para que su defensa técnica sea de calidad, debe evitar que a través de la impugnación se pretenda otro fin muy diferente y alejado a la esencia misma del fin

114.- Corte Interamericana de Derechos Humanos , Caso Mohamed Vs. Argentina, Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana, sentencia de 23 de noviembre de 2012, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_255_esp-pdf

115.- Luis, Cueva Carrión, ob., Cit., Pág. 96

establecido en la ley, pues es muy conocido que en el ejercicio profesional, algunos abogados lo único que persiguen con la interposición de recursos es de retardar el curso normal del proceso.

Para finalizar, el análisis del derecho de impugnar los fallos, Cueva Carrión, sobre la mala utilización de estos recursos manifiesta que “la mala práctica jurídica se ha encargado de desvirtuar y entorpecer el verdadero valor teleológico del derecho de impugnar.” 115

2.8. CASOS PRACTICOS EN LOS QUE LOS TRIBUNALES DE GARANTIAS PENALES DE PICHINCHA HAN DECLARADO LA NULIDAD DE LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO POR FALTA DE DEFENSA TECNICA PENAL.

PRIMER CASO:

“Judicatura: Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha.
Causa No. 0090-2012.
Delito: Drogas.
Acusado: Hugo Ramiro Mera Zambrano.

En quito a los treinta días del mes de agosto del dos mil doce, siendo las catorce horas treinta minutos, ante el Tribunal Octavo de lo Penal de Pichincha, conformado por los doctores Enrique García Román Presidente, (...), el acusado Mera Zumarraga Hugo Ramiro con su defensor el Dr. Marco Coba Vargas (...)

TEORIA DEL CASO DE LA FISCALIA.-

Señores miembros el Tribunal el caso que nos ocupa hace referencia la detención del acusado Mera Zumarraga Hugo Ramiro de fecha 10 de febrero del 2012 en el inmueble ubicado en (...), detención que se dio en razón de un parte informativo que ya mediante una llamada telefónica se hizo conocer que en este inmueble se estaba vendiendo droga (...)

TEORIA DEL CASO DEL ACUSADO

La verdad el día de la detención a mi defendido le detuvieron saliendo de su casa y al hacerle el chequeo no se le encontró nada (...) mi defendido es una persona enferma ya desde los 16 años consume droga (...)

ALEGATO DE LA FISCALIA.

... el tipo penal por el que fiscalía acusa es el establecido en el 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas no como la defensa trata de confundir es decir con el artículo 38 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que hace referencia al narcotráfico (...) y más allá de toda duda razonable solicito al Tribunal mediante sentencia declarar la culpabilidad del acusado Mera Zumarraga Hugo Ramiro en calidad de autor del delito tipificado en el art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

ALEGATOS DE DEFENSA.

Mi defendido es un enfermo ya que a los 16 años empezó a consumir droga y lo que compraba es para su consumo de todo el mes, **por lo que solicito se tome en cuenta la enfermedad que tiene el señor y de ser posible se declare el sobreseimiento provisional para poder recluirle al señor en una clínica.** (Las negrillas y lo subrayado es mío)

RESOLUCION DEL TRIBUNAL.

... Durante la realización de la audiencia oral pública de juzgamiento, el tribunal pudo advertir la falta de preparación del abogado defensor Dr. Marco Coba Vargas, solicitando que se reproduzca de autos pruebas, desconociendo que el Tribunal para garantizar la justicia jamás se contamina antes de la audiencia con el conocimiento de la causa, es precisamente durante la sustanciación de la audiencia oral y pública de juzgamiento que los jueces se inteligencian de los hechos, para evitar parcialidades y emitir fallos apegados a derecho para impartir justicia, pues las pruebas se actúan en la etapa de juicio (...) en la etapa de juicio, las partes tienen la obligación de asistir inteligenciadas para poder sustentar sus tesis, si bien es cierto que la carga de la prueba la tiene fiscalía no es menos cierto que los elementos fácticos de la defensa tienen que ser corroborados con pruebas que sustenten su teoría, **siendo reprochable que el abogado asista a la audiencia de juzgamiento a solicitar se dicte a favor de su defendido un sobreseimiento provisional.** (Las negrillas y lo subrayado es mío). El Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Garantías ha suscrito distintos ordenamientos jurídicos que consagran el derecho a la defensa (...) La defensa de todo ciudadano implicado en un proceso judicial y más aún en materia penal, (...) **SE DECLARA LA NULIDAD de la audiencia a costa del Dr. Marco Coba Vargas, por la ineficacia profesional en defensa de su patrocinado y falta de probidad.** (Las negrillas y subrayado es mío) (...) **el Dr. Marco Coba Vargas ha dejado al procesado su patrocinado en esta de indefensión al no realizar una defensa técnica, no presentar pruebas de descargo y solicitar con todo desconocimiento de los cambios procesales Sobreseimiento provisional en la etapa d juicio.** (Las negrillas y lo subrayado es mío) por lo que se ordena se oficie al Consejo Nacional de la Judicatura.- Notifíquese.” **116**

116.- Auto de fecha 10 de septiembre del 2012, dictado por el Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha, dentro de la Causa No. 0090-2012 que por droga se sigue en contra de Hugo Ramiro Mera Zumarraga.

ANALISIS DEL CASO.

Como se puede observar, es un caso relacionado con la tenencia de drogas de acuerdo al artículo 62 de la Ley Sobre Sustancias Estupefacientes y psicotrópicas; el abogado defensor en su teoría del caso en primer lugar manifiesta que a su defendido no le encontraron con droga y luego manifiesta que es consumidor de drogas; pero no presenta una teoría o una hipótesis que defensa pretenda probar.

Por otro lado, en la audiencia de juzgamiento el abogado defensor no practica prueba alguna tendiente a demostrar que el procesado sea un consumidor de drogas; la prueba de descargo en este sentido es un Examen Psicosomático para demostrar el grado de tolerancia al consumo de drogas y el Testimonio Propio del Médico Legista que practicó dicha experticia.

Por último, en el alegato final, el abogado defensor manifiesta que su defendido es un enfermo y consumidor de drogas y que lo que compraba es para el consumo de todo el mes y solicita en forma textual “ se tome en cuenta la enfermedad que tiene el señor y de ser posible se declare el sobreseimiento provisional para poder recluir al señor en una clínica”; al respecto, es bien sabido que en una audiencia de juzgamiento de acuerdo al art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, se debe dictar una sentencia absolutoria o condenatoria, **pero no sobreseimiento**, notándose a simple vista el desconocimiento total del derecho, la ausencia de una teoría del caso sólida y comprobable y la falta de presentación de pruebas a favor de su defendido, razón por la cual, el Tribunal decidió declarar la Nulidad de la audiencia de juzgamiento por falta de defensa técnica del abogado defensor.

SEGUNDO CASO:

“Número de Causa: 2009-0041
Judicatura: Sexto Tribunal de Garantías penales de Pichincha.
Delito: Perjurio.
Ofendido: Zamora Beatriz Dolores
Fiscalía de Pichincha.
Imputado: Flores Pinto María.

TEORIA DEL CASO DE FISCALIA.- Este enjuiciamiento penal se inicio mediante denuncia presentada por la señora Beatriz Zamora en conocimiento que la señora María Esther Flores, había presentado una demanda de prescripción adquisitiva de dominio argumentando que era dueña de la casa que se encuentra en la calle Mosquera Narváez, Provincia de Pichincha, ha comparecido ante la jueza 23 de lo Civil de Pichincha y había jurado que ha realizado múltiples averiguaciones y ha sido imposible averiguar sobre la residencia de la señora Inés Zamora Mora (...) Con el Objeto de comprobar el delito y la culpabilidad de la acusada MARIA ESTHER FLORES PINTO, se incorporó como prueba de la Fiscalía lo siguiente: 1.- El testimonio de la Acusadora Particular Beatriz Dolores Zamora, quien luego de presentar el juramento de ley dice: (...). Es importante dejar señalado, que una de las preguntas realizadas por el Dr. Wilfrido Padilla Congo, defensor de la Acusadora Particular fue: **“Diga quien quiere que gane el juicio”, por lo que fuer advertido por el Tribunal y los sujetos procesales la forma como estaba realizando el examen a su propia defendida (...)** (Las negrillas y lo subrayado es mío). TEORIA DEL CASO DE LA DEFENSA.- (...); aunque este relato es una síntesis de lo que dijo o pretendió decir **el abogado de la defensa Dr. Wilfrido Padilla, quien no ha podido presentar de manera clara su teoría pese a los requerimientos y orientación que se ha dado por parte de los miembros del Tribunal e incluso de parte de Fiscalía; advirtiéndose, su total desconocimiento de las destrezas que demanda el nuevo sistema acusatorio.** (Las negrillas y lo subrayado es mío). Acto seguido el referido profesional al momento de presentar su prueba, y al tratarse de prueba documental, **al momento en que el Tribunal solicitaba que sea puesto en conocimiento de la parte contraria, a fin de que realice la impugnación o no, cumpliendo con el principio de contradicción, tuvo una actitud de rechazo a los requerimientos y exigencias que hizo el Tribunal, el propio Fiscal de la causa, así como la defensa de la acusada;** (Las negrillas y lo subrayado es mío), por lo que el Tribunal amparándose principalmente en el principio de lealtad procesal, previsto en el Art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial y en otros principios legales y constitucionales procedió a suspender la audiencia (...). ADMINSTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA Y DE LA LEY, CONFIRMA EL ESTADO DE INOCENCIA de la ciudadana MARIA ESTHER FLORES PINTO (...). El Tribunal no quiere dejar pasar por alto, que mientras se desarrollaba la audiencia de juicio, se tuvo que suspender la misma, incluso por pedido tanto del Dr. Cesar Almeida Subía, Fiscal Penal de Pichincha, como de la propia acusadora particular, **al advertir que una de las partes procesales, concretamente la señora Beatriz Dolores Zamora, no**

contaba con una defensa técnica adecuada, situación que provoca indudablemente que se vulneren sus derechos;(las negrillas y lo subrayado es mío), pues no es posible que Abogados, Doctores en Jurisprudencia, profesionales del ramo concurran a los Juzgados, Tribunales o Corte **y una vez que se les concede la palabra para que presente “su teoría del caso” no lo puedan hacer, que pretendan “reproducir la prueba” refiriéndose a lo actuado en la fase investigativa e instrucción fiscal”** (Las negrillas y lo subrayado es mío) “ ... que no es necesario volver a practicar la prueba porque ya ha revisado un Juez una Sala”, olvidándose que en la etapa de juicio se debe practicar la prueba propiamente dicha, la que determinará la culpabilidad de un acusado o la ratificación del estado de inocencia del mismo, no es posible que por el principio de contradicción, en el nuevo sistema penal en tratándose de documentos, corresponde poner en conocimiento de la otra parte; **sin embargo no se lo quería hacer o se reproche argumentando “... que por qué se debe hacerlo, acaso patrón blanco debe decir lo que está bien o lo que está mal...”** (las negrillas y lo subrayado es mío) (se refiere al Abogado de la contra parte), estas y otras consideraciones , hizo que el Tribunal tome la decisión antes indicada; pues, no hay que olvidar que los Jueces Penales somos de GARANTIAS de las partes procesales, implicando esto, visto de una manera ligera que debemos cuidar que los derechos de las personas no se vulneren, que se cumpla con los preceptos legales y constitucionales; caso contrario somos responsables civil, penal y administrativamente, situación que también es aplicable a los Abogados en libre ejercicio frente a una mala defensa técnica, por esta razón es necesario que se ponga en conocimiento del Consejo Nacional de la Judicatura la actuación del Dr. Wilfrido Padilla C., con matrícula profesional No. 4282 del Colegio de Abogados de Pichincha, defensor particular de la ciudadana Beatriz Dolores Zamora. NOTIFIQUESE.” 117

COMENTARIOS A DICHA SENTENCIA:

Como se puede observar en dicha sentencia, el abogado defensor ha actuado con total deslealtad procesal pues desde el primer momento, no ha podido presentar su teoría del caso, demostrando un total desconocimiento de las técnicas de litigación en el actual sistema procesal penal; por otro lado, no ha podido introducir la prueba documental, pretendiendo

117.- Sentencia de fecha 10 de octubre del 2011, dictada por el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, dentro de la Causa No. 0041-2009, que por el delito de Perjurio se siguió en contra de María Esther Flores.

querer reproducir los elementos de convicción que se practicaron en la etapa de instrucción fiscal, cuando es bien sabido que la prueba válida es la que se practica en la etapa de juicio; además no ha podido aplicar las técnicas del interrogatorio y contrainterrogatorio, por lo que se evidencia que la persona defendida por el Dr. Wilfrido Padilla, estaba en total y absoluta indefensión frente a la contra parte, por falta de defensa técnica, razón por la cual el Tribunal con fundamento en disposiciones constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos referente al derecho a la defensa y al debido proceso, ha decidido suspender dicha audiencia hasta que la defendida contrate otro profesional que asuma su defensa y posteriormente ha dictado sentencia ratificando el estado de inocencia de la acusada.

TERCER CASO:

“Causa No. 2012-0083.
Judicatura; Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha.
Delito: Atentado al pudor.
Imputado: Víctor Guillermo Veloz.

En Quito, hoy jueves dieciséis de enero del dos mil trece, las nueve horas diez minutos, ante el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha, integrado por los doctores (...) comparece el acusado VICTOR GUILLERMO VELOZ CORONADO, con el Abogado defensor Dr. Wilson Armando Rosero Salazar (...) HIPOTESIS POR PARTE DE FISCALIA.- (...) por lo que el hecho se adecua al delito de violación, y su conducta se adecúa a lo estipulado en el Art. 504.1 del Código Penal y Art. 568 del Código de la Niñez y Adolescencia, que es así como la fiscalía va a probar sobre los hechos sucedidos (...). HIPOTESIS DE EXCLUSIÓN DEL TIPO PENAL POR PARTE DEL ABOGADO DEFENSOR DEL ACUSADO DR. WILSON ROSERO SALAZAR. (...) pido que de conformidad con el Art. 75, 76 y 77, de la Constitución, debe darse el debido proceso, por ello no se puede culpar a quien no ha cometido nada.- ACUERDOS PROBATORIOS.- (...) Presidencia consulta al Abogado Defensor, si conoce el alcance de los acuerdos probatorios, el abogado manifiesta que No.- (...) **El señor Juez encargado Dr. Omar Santy Muy, toma la palabra, y manifiesta que se observa en la Audiencia que el abogado defensor tiene escasa comprensión del tema y se necesita igualdad de armas en la defensa y de acuerdo a la Constitución Ecuatoriana el procesado tiene derecho a la defensa técnica, y no se puede ver esto, no está en igualdades;** (Las negrillas y lo subrayado es mío) (...) El señor Juez encargado Dr. Omar Santy Muy, toma la palabra y manifiesta **que si el Abogado no comprende el alcance de esto, el defendido debe tener la defensa Técnica, el Abogado**

Defensor, a este llamado de atención manifiesta “Yo me retracto”, y de acuerdo al Art. 79 de la Constitución, El señor Presidente le consulta al abogado, conoce lo que se refiere al proceso, conoce las experticias, conoce las versiones de la Fiscalía, dice que No.- La señora Jueza Dra. Miriam Escobar Pérez, toma la palabra, y manifiesta que su punto de vista, es que el Abogado desconoce la defensa que va a realizar, y no está realizando una defensa técnica a favor del acusado y pide que se suspenda la audiencia, va que se debe garantizar una defensa técnica (...). El señor Juez encargado Dr. Omar Santy Muy, toma la palabra y manifiesta que se noto la falta de comprensión del Abogado defensor, por lo que está de acuerdo que se suspenda y se llame severamente la atención al abogado, pues debe tomar en cuenta el tiempo del Tribunal y el tiempo del Fiscal (...) El Tribunal a través de Presidencia manifiesta (...) por lo que se declara la nulidad desde lo actuado hasta los alegatos, con el objeto de que se haga una defensa técnica del acusado (Las negrillas y lo subrayado es mío) (...), y al señor Abogado Defensor Dr. Wilson Rosero, se le va a llamar la atención por haber venido a la audiencia sin la preparación ni la comprensión jurídica (Las negrillas y lo subrayado es mío) y se procederá de acuerdo al Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria aplicable en este caso (...) Lo Certifico. Siendo las 9H46 se suspende la Audiencia.- Certifico.- **118**

COMENTARIO DEL CASO.-

Al igual que los dos casos anteriores, en el presente caso, el abogado defensor, no ha presentado una teoría del caso clara, coherente y que se pueda demostrar en el desarrollo de la audiencia de juzgamiento; asimismo no ha comprendido el alcance que tiene los acuerdos probatorios dentro de la etapa de juicio; e inclusive el abogado defensor desconocía de la defensa que estaba realizando, es decir que no estaba realizando una verdadera defensa técnica a favor de su defendido, razón por la cual, el Tribunal para garantizar el derecho a la defensa técnica garantizado en la Constitución de la República del Ecuador así como también en los organismos y tratados internacionales de derechos humanos, ha decidido suspender dicha audiencia a fin de que el acusado contrate los servicios de otro abogado defensor o bien el estado le proporcione un defensor público.

118.- Acta de la Audiencia de Juzgamiento de fecha 17 de Enero del 2013, del Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha, dentro de la Causa Penal No. 083-2012-JC, que por el delito de Atentado al Pudor se sigue en contra de Víctor Guillermo Veloz.

Conclusiones y Recomendaciones.

CONCLUSIONES:

1.- Partiendo de la premisa que el Ecuador es un estado constitucional de derecho y de derechos, los derechos humanos a no dudarlos, son prerrogativas innatas que posee todo ser humano frente a los órganos estatales, que tienen la obligación de precautelarse su dignidad y de igual forma, evitar la interferencia del estado en ciertas áreas en donde se vean afectados ciertos derechos de las personas como en el presente caso, el derecho a la defensa.

2.- La garantía y protección de los derechos humanos en un estado constitucional de derechos, otorgan legitimidad al orden social y político; es por esto que en la mayoría de estados garantistas de los derechos humanos, en su legislación interna reconocen una gama de garantías individuales, tales como el derecho al debido proceso entre otras, que comprende como en el presente caso, a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna, pues es obligación del estado el evitar que por el hecho de no tener los medios económicos suficientes para contratar un abogado particular, se atente contra el derecho a la defensa, en desmedro de la calidad de la defensa técnica a través de la defensa penal pública.

3.- A la Defensoría Pública, se la debe entender como una institución que permita el acceso a la justicia de los pobres que por su condición social y económica no están en condiciones de contratar un abogado particular; pero también se requiere de una defensoría penal pública apropiada, oportuna, técnica, eficaz y sobre todo de calidad, que demuestre que el ciudadano

se sienta protegido de las arbitrariedades y abusos del poder punitivo y que le permita estar en igualdad de condiciones con la fiscalía o con la parte acusadora.

4.- En este trabajo, se ha tratado de establecer el por qué de la necesidad de la presencia de un defensor letrado en un proceso penal, que asista técnicamente al imputado. La evolución histórica nos ha enseñado y demostrado que los procedimientos en donde no se necesita la presencia de un defensor letrado no existe, pues los sistemas procesales son tan complicados que sería totalmente imposible que cualquier ciudadano pueda litigar en los tribunales de justicia, sin la asistencia técnica de un profesional en la rama del derecho, tanto más que la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresamente lo prohíbe al decir que nadie puede comparecer a un procedimiento sin la asistencia de un abogado y si el juzgador lo permite, este procedimiento carecerá de validez jurídica.

5.- La inviolabilidad del derecho a la defensa, es la garantía básica con la que cuenta un ciudadano imputado o acusado dentro de un proceso penal, y el estado al haber creado la defensoría pública, ha permitido que las demás garantías a más del derecho a la defensa, tengan una vigencia concreta en un proceso penal. La defensa técnica penal, es de vital importancia, porque es un instrumento que permite impulsar y controlar todas y cada una de las pruebas que se recaben a lo largo del proceso penal y porque a través de la defensa técnica penal de calidad, se puede contradecir las pruebas que presente el órgano acusador, las mismas que al final serán analizadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica por parte del juzgador.

6.- En este trabajo investigativo, también se ha analizado lo relacionado con la estrategia jurídica y como complemento la táctica jurídica, entendiéndose como dos factores muy importantes para el éxito en la defensa, por cuanto a través de la estrategia jurídica se preparan todos los medios necesarios para poder conseguir el fin propuesto en la defensa, y por su lado, a través de la táctica jurídica se pretende buscar los medios específicos que sean el camino idóneo para que se haga realidad la estrategia utilizada en un caso concreto; razón por la cual, en este trabajo se han plasmado una serie de estrategias que pueden ser utilizadas por el defensor público para que la defensa técnica sea de calidad.

7.- Hemos recalcado que la defensa técnica pública debe ser de calidad, para estar en igualdad de condiciones con la fiscalía, como bien lo dice Ferrajoli “ la perfecta igualdad de las partes”; aquello se lo puede lograr concibiendo al abogado defensor público, como un perfecto protector de los derechos del imputado, a través de un conocimiento completo de todo lo relacionado a la causa y poniendo en juego una responsabilidad y un celo absoluto para poder obtener el mejor resultado en beneficio de su cliente, pero siempre exigiendo que se cumpla el debido proceso.

RECOMENDACIONES:

1.- El abogado defensor público, debe comprender que el compromiso ético al asumir una defensa, implica dar un servicio de calidad y no de CARIDAD, porque el defensor público

tienen que tener la convicción que es un luchador incansable en la defensa de las garantías dentro de un proceso penal.

2.- Para que la defensa técnica sea efectiva, el abogado defensor público, debe ser activo, de alto nivel, de profundos conocimientos en el campo penal y que comparezca al proceso en las mismas capacidades y destrezas con las que comparece el fiscal, es decir en igualdad de condiciones; para esto, el estado debe proporcionar toda los medios económicos y la colaboración necesaria a la Defensoría Pública a fin de que pueda capacitar en debida forma a las defensoras y Defensores públicos que recién graduados de las universidades y sin experiencia en el ejercicio profesional hayan decidido ingresar a la Defensoría Pública.

3.- Con la preparación y capacitación técnica y profesional del defensor público en el campo penal, se desterrará la falsa creencia que tiene la sociedad respecto a que el defensor público es un profesional “relleno” de la justicia; esta creencia desaparecerá porque el defensor público estará presente en todas las actuaciones procesales, asimismo objetará las actuaciones que le sean desfavorables a sus clientes, igualmente contará con el tiempo suficiente para preparar su defensa; en definitiva, brindará un servicio de calidad a la ciudadanía, velando por los intereses de su cliente de la mejor manera posible.

4.- Se debe tener la convicción que el defensor público ha dejado de ser un “auxiliar de la justicia”, y se ha convertido en un verdadero custodio y protector de los derechos y garantías de las personas, en especial de los procesados que han sido puestos a su defensa, por cuanto al participar activamente en todas y cada una de las diligencias procesales, el defensor público

tendrá la oportunidad de verificar y controlar la legalidad de dichos actos y de esta forma evitar que el procesado quede en la indefensión.

5.- El defensor público no debe olvidar que para que su defensa sea técnica y de calidad, desde el primer instante que asumió la defensa, debe empezar a construir una teoría del caso, como una estrategia de vital importancia para preparar sus argumentos probatorios y poder obtener resultados favorables en beneficio de su representado a través de una teoría del caso sólida y bien estructurada.

6.- Por último, se recomienda utilizar en la manera que sea posible las estrategias jurídicas mencionadas en el presente trabajo investigativo, a través de la creatividad y audacia que le debe caracterizar al defensor público, con dotes de intuición, visión, experiencia y conocimiento; de ser así, estarnos convencidos que el éxito en el proceso penal, estará asegurado y su defensa técnica será de calidad.

BIBLIOGRAFIA

A) Bibliografía Doctrinaria.

- Abarca, Luis, *Fundamentos Constitucionales del Sistema procesal Oral Ecuatoriano*, Quito, ISBN, 2006.
- Abarca, Luis Humberto, *La Defensa Penal Oral*, Tomo I, Quito, Edit., Jurídica, 2006.
- Albàn Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Quito, Tomo I, Colección Profesional Ecuatoriana.
- Armijo Sancho, Gilbert, *Nuevo Proceso Penal y Constitución*, San José Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, S.A.
- Baytelman, Duce M., *Litigación Penal y Juicio Oral*, Quito, Esquel-USAID, 2003.
- Benavente Chorres, Hesbert, *La Aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*, Flores Editor, 2011.
- Binder, Alberto y otros, *Manual de Defensoría Pública para América Latina y el Caribe*, Publicación de CEJA y PNUD.
- Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2001.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Decimo Quinta Edición, Tomo IV, 1982.
- Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces*, Buenos Aires, Edit., Jurídicas, 1980.
- Carnelutti, Francisco, *Metodología del derecho*, México, 2da Edición, 1962.
- Caro, Dino, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, Perú, UNAM,
- Courtis, Crhistian y Ávila Ramiro, *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
- Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Edit., Depalma, 1978.

- Cueva Carrión, Luis, *La Casación en Materia Penal*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2007.
- Cueva Carrión, Luis, *Valoración Jurídica de la Prueba Penal*, Quito, Edición Cueva Carrión, 2008.
- Donna, Edgardo, *Derecho Penal-Fundamentos-Teoría de la Ley Penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- Dona, Edgardo, *Revista de Derecho Procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Editores, 20120.
- Echandià, Hernando Devie, *Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, Bogotá.
- Faundez Ledesma, Héctor, *El Derecho a un Juicio justo*, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, No. 80. Caracas, Junio, 1991.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Trad. De Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, 1995.
- Flemingo, Abel y otros, *Garantías del Imputado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.
- Fundación Esquel, “*Modelo Integral de Defensa Penal*”, Ecuador, 2005.
- García, José, *El Derecho Constitucional a la presunción de inocencia y la Prisión Preventiva en el Ecuador*, Quito, Tesis UASB., 2009.
- Gómez Colomer, Juan Luis, *Constitución y Proceso Penal*, Madrid, Tècnos, 1996
- Pazmiño, Ernesto, *La Defensa Pública como un mecanismo para garantizar el acceso a la justicia y cumplir el objetivo nueve del plan del buen vivir*, Quito, Tesis Diplomado en Derecho UASB., 2010.

- Pazmiño, Ernesto, *El Derecho a la defensa como garantía del debido proceso en delito flagrante*, Quito, Monografía UASB., 2010.
- Peñaherrera, Víctor Manuel, *Lecciones de Derecho Practico Civil y Penal*, Quito, Editorial Edino.
- Peñaherrera, Víctor Manuel, *De la Abogacía*, Quito, Editorial Universitaria, 1990.
- Ramírez Bastidas, Yesid, *El Juicio Oral*, Bogotá, Ed. Doctrina y Ley Ltda., 2da Edición, 2004.
- San Martín Castro, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Grijley, Volumen I, 1999.
- Tavalari Oliveris, Raúl, *Prólogo al libro Litigación Estratégica en el nuevo proceso penal*, Chile, Editorial Lexis, 2005.
- Vásquez Rossi, Jorge Eduardo, *La Defensa Penal*, Buenos Aires, 3ra. Edición, 1996.
- Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Argentina, T. II, Ed. Córdoba, 1986.
- Zabala Baquerizo, Jorge, *El Proceso Penal*, Bogotá, Editorial Edino, 1989.
- Zafaroni, Raúl, *Introducción de Pena y Estado*, Revista No. 5, Buenos Aires, Ediciones del Instituto INECIP, 2002.

B) Bibliografía Normativa y Jurisprudencial.

- Constitución de la República del Ecuador.
- Constitución de la República de Colombia
- Constitución Española.
- Código Orgánico de la Función Judicial, R.O. No. 544 del 9 de marzo del 2009.
- Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

- Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea, 2006.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, Conclusión 17 y 18, 26 de febrero de 1999
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Ley Orgánica de Transporte Terrestre y Seguridad Vial, Suplemento del Registro Oficial No. 398 de 7 de agosto del 2008.
- Ley para Reprimir el Lavado de Activos, R.O. S 352 del 30 de diciembre del 2010.
- Reglas de Mallorca, así se las conoce a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento en Materia penal (Reglas para la Exclusión de la Prueba) 1990-1992.
- Diecisiete Preguntas Frecuentes Acerca de los Relatores Especiales de las Naciones Unidas, Folleto Informativo No. 27, 2002.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos, adoptada en 1969 durante la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, realizada en San José, Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de fecha 29 de julio de 1988, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bayarri Vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, Párrafos 110-111 en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.doc

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 86-09, Caso 12.553, Jorge, José y Dante Pereirano Basso Vs. República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009, en www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 07 de septiembre del 2004.
- Sentencia No. 024-10-SCN-CC, Caso No. 0022-2009-CN, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, el 24 de agosto del 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia 29 de julio de 1988, Párrafo 150, 154 y 155. En www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mohamed Vs. Argentina, Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana, sentencia de 23 de noviembre de 2012, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_255_esp-pdf
- Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana-Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de diciembre del 2000, Proceso No. 12.780, en www.notinet.com.co/servefiles/servicios/archivos/na/csj12780-00.htm
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Causa No. 549-2011-P-LBP, sentencia dictada el 23 de noviembre del 2012, las 11H30.

- Sentencia de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 13 de marzo del 2006; las 14h30, Causa No. 97-06 Casación, que se siguió en contra de Jorge Berrezueta Berrezueta, Publicada en el R.O. No. 3 del 18 de enero del 2007
- Auto de fecha 10 de septiembre del 2012, dictado por el Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha, dentro de la Causa No. 0090-2012 que por droga se sigue en contra de Hugo Ramiro Mera Zumarraga.
- Sentencia de fecha 10 de octubre del 2011, dictada por el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, dentro de la Causa No. 0041-2009, que por el delito de Perjurio se siguió en contra de María Esther Flores.
- Acta de la Audiencia de Juzgamiento de fecha 17 de Enero del 2013, del Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha, dentro de la Causa Penal No. 083-2012-JC, que por el delito de Atentado al Pudor se sigue en contra de Víctor Guillermo Veloz