

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

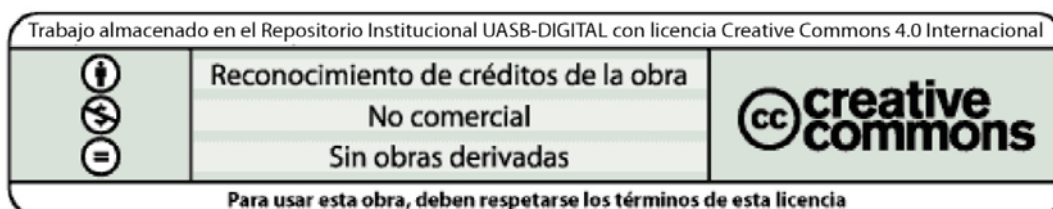
Maestría en Derecho Procesal

El principio de celeridad frente al derecho a la defensa dentro de las audiencias de flagrancia en el proceso penal

Juan Carlos Alvarado Endara

Tutor: Jorge Joaquín Touma Endara

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

Yo, Juan Carlos Alvarado Endara, autor de la tesis intitulada “El principio de celeridad frente al derecho a la defensa dentro de las audiencias de flagrancia en el proceso penal”, 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 Magíster en Derecho Procesal 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.

Quito a 12 de diciembre del año 2018

Firma:

RESUMEN

En el año 2008, se dicta en el Ecuador una nueva constitución denominada garantista, en la cual los derechos y garantías que goza el ciudadano son de directa e inmediata aplicación ante cualquier autoridad sea administrativa o judicial.

El primer propósito del presente trabajo investigativo es brindar, desde la dogmática jurídica, una visión clara sobre la esencia del derecho a la defensa en las audiencias de flagrancia en el proceso penal, evidenciar la problemática existente en la aplicación de dicho derecho en estas audiencias; y, los posibles quiebres de los derechos constitucionales.

Un segundo propósito será constatar que la validez, vigencia y eficacia del principio de celeridad solo será posible, si su contenido se adapta, al nuevo paradigma constitucional de derechos y justicia, en el cual se garantiza el pleno y eficaz ejercicio del derecho a la defensa.

Un tercer propósito, será evidenciar, mediante estadísticas la limitación existente del ejercicio del derecho a la defensa en las audiencias de flagrancia.

A Dios

A mis padres Ernesto y Rosita

A mi familia; Alex, JuanC e Isabellita

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador, por haberme permitido transitar por sus aulas, y obtener mayores conocimientos jurídicos a fin de aplicarlos en el libre ejercicio de la profesión en aras de tener una sociedad justa, en la cual se cumpla el postulado constitucional esto es el de vivir en un estado de derechos y justicia.

Agradecimiento especial al doctor Jorge Touma guía fundamental en la culminación del presente trabajo de investigación.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	15
--------------	----

CAPITULO I

1.1 Flagrancia.	29
1.2 La flagrancia en el código orgánico integral penal.	29
1.3 Situación jurídica de la flagrancia en el COIP.	30
1.4 Efecto procesal de la flagrancia en el COIP.	30
1.5 Flagrancia, regulación procesal excepción al principio de reserva judicial.	31
1.6 Legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia.	31
1.7 Razones probatorias de la flagrancia.	32
1.8 Flagrancia no desvirtúa la presunción de inocencia.	33
1.9 Clases de flagrancia.	33
1.10 Derechos del aprehendido en flagrancia	35
1.11 Características de la flagrancia.	35
1.12 Audiencia de calificación de flagrancia.	35

CAPITULO II

Derecho De Defensa

2.1 Naturaleza jurídica	41
2.1.1 Definición.	43
2.1.2 Alcance del derecho a la defensa.	44
2.1.3 Principios rectores del derecho a la defensa.	45

Oportunidad de defenderse.

Unitaria y continua.

Se ejerce de manera material y técnica.

2.1.4 La defensa penal.	46
a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.	46
a.1) Momento de su ejercicio.	47
b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.	49
c) Ser escuchado en momento oportuno e igualdad de condiciones.	54
d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.	55
e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.	57
f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma el que se sustancia el procedimiento.	58
g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.	59
h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.	60
i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.	62

- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. 64
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. 65
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. 67
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos. 68
- n) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento. 70
- o) El derecho a ser informado de la imputación como garantía del derecho a la defensa. - 71
- p) Acogerse al silencio. 72
- q) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal. 75
- 2.2 Contenido esencial del derecho a la defensa en el ámbito del proceso penal en la audiencia de flagrancia. 75
- 2.3 Defensa material y defensa técnica 76
- 2.3.1 Defensa Material. 77
- 2.3.2 Defensa Técnica 79

CAPITULO III

3 PRINCIPIO DE CELERIDAD	83
3.1 Naturaleza Jurídica	83
3.2 Qué se entiende por “plazo razonable” en el proceso penal.	84
3.3 Alcances y finalidades.	85
3.3.1 Consecuencias jurídicas por la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.	88
3.3.2 Dies a quo y diez ad quem para computar el plazo razonable del proceso penal.	89
3.3.3 Plazo razonable en el proceso penal como garantía constitucional.	91
3.3.4 Función del principio de celeridad.	91
3.3.5 La visión economicista de la celeridad procesal.	93
3.3.6 Toma de postura.	95

CAPITULO IV

4.- Estudio de audiencias de calificación de flagrancia llevadas a cabo en la unidad judicial de calificación de flagrancia de quito en el periodo comprendido entre el 1 de enero del 2018 al 30 de septiembre del 2018.	97
4.1 ENTREVISTA.	103
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	115

INTRODUCCIÓN

La necesidad de dar rapidez y agilidad a la justicia penal en nuestro país ha sido una constante aspiración desde hace tiempo atrás, a fin de dar eficacia a la administración de justicia. El menor tiempo posible, que transcurre, entre la comisión del hecho delictivo; y, la resolución definitiva del mismo, hará que la justicia penal sea más eficaz.

Es por esto que se ha instaurado en nuestro país un procedimiento especial para los delitos flagrantes, conforme lo determina en inciso final del Art. 6 No. 1¹ del Código Orgánico Integral Penal al señalar que dentro 24 horas se formalice o no la imputación.

Es decir, puede ser en una hora desde la detención, como hasta en veinte y cuatro horas, en las que puede desarrollarse dicha audiencia, lo uno o lo otro, constituye un tiempo ineficaz para ejercer la defensa técnica, lo que contradice lo determinado en el art. 76² No. 7 literal B de nuestra constitución que garantiza el contar con el tiempo adecuado para ejercer la defensa.

Así entendida, la eficacia del proceso penal se reconduce a un problema de tiempo, cuanto más rápido sea el proceso más eficaz será.

Es por esto que el derecho penal actual se encuentra en medio de dos corrientes así, el garantismo penal, o derecho penal del ciudadano, que consiste en llevar adelante un juicio en contra del sindicado en la comisión de un delito bajo dos finalidades específicas, que son el conocimiento de la verdad y el respeto de las garantías procesales, velando por el respeto de las garantías fundamentales del ser humano; y, la segunda corriente que se conoce como el efficientismo penal que es aquella que en la búsqueda de la verdad procesal, desconoce garantías procesales, ya que considera al delincuente como

¹ En delitos flagrantes, la persona será conducida de inmediato ante la o el juzgador para la correspondiente audiencia que se realizará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la aprehensión.

² Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

un enemigo de la sociedad, cuyo fin principal es evitar la impunidad, quedando en segundo plano el reconocimiento de garantías procesales para el procesado.

Garantismo vs. Eficientismo. La Constitución de la República del Ecuador de 2008, define al Estado ecuatoriano como un Estado constitucional de derechos y justicia en su art. 1³; y, el art. 424 refiere de la supremacía de la Constitución por sobre el ordenamiento legal, en el Código Orgánico Integral Penal se incorporan también varias instituciones, que buscan darle agilidad al proceso penal sin transgredir derechos y garantías, lo que denota con claridad que nos encontramos frente a un modelo de justicia garantista, lo que debe ser observado por jueces, y fiscales, al momento de la realización de la audiencia de calificación de flagrancia.

Garantismo.- El doctor Ramiro Ávila Santamaría en su obra “La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos, una mirada desde el garantismo”, señala que nadie ha acuñado una expresión tan sencilla de expresar y de tan profunda comprensión como Ferrajoli, cuando definió a las garantías como la *ley del más débil*, es así que manifiesta que el más débil es aquella persona que esta, en situación de vulnerabilidad, los derechos humanos son mecanismos para proteger al que sufre la injusticia, es decir en una relación humana el más débil es aquella persona que está peor situada y normalmente no tiene más poder que el derecho establecido en la ley, tratados internacionales de derechos humanos y la constitución.

Luego dice, que el más fuerte, no necesita los derechos que tiene, ni del derecho, para hacerse oír, satisfacer necesidades o tomar decisiones. Lo único que tienen los más débiles muchas veces es sólo derechos, que no es poca cosa en una democracia constitucional. En el ámbito penal, dice que Ferrajoli, ha ubicado con claridad, quién es el más débil y en qué circunstancias: **uno**; cuando se está cometiendo el delito, la persona más débil es la víctima; **dos**; cuando se está deteniendo, investigando o procesando, la persona más débil es el sospechoso, el procesado o el acusado; **tres**; cuando sea condenado, la persona más débil es quien cumple la sentencia. En estas tres relaciones, el más fuerte ejerce poder y el más débil está sometido.

³ “art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

El procesado tiene derecho al debido proceso; entonces, los derechos son para todas las personas y se ejercen cuando uno es el más débil.

Los derechos limitan el poder, esto quiere decir que imponen obligaciones de no hacer; los derechos vinculan al poder, esto es, los derechos imponen obligaciones de hacer; las garantías penales son los límites y los vínculos del poder punitivo, es por ello que si un Estado tiene una constitución y en ésta se reconocen derechos fundamentales, entonces el modelo de justicia penal no puede ser otro que el garantista.⁴

Para Ferrajoli, el garantismo, son, las técnicas idóneas para asegurar la efectiva tutela o satisfacción de las garantías; señala que el derecho penal mínimo y el garantismo, son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva, sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona. Por lo que respecta al proceso, indica que se corresponden con las garantías procesales y orgánicas, la contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la estricta separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad, la publicidad del juicio, la independencia externa e interna de la magistratura y el principio del juez natural. Las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, es decir, a reducir al máximo sus márgenes de arbitrio⁵

Del eficientismo, en cambio, diremos, que, amparado en el sentimiento generalizado de inseguridad ciudadana, y, que la finalidad del derecho penal, es la protección de bienes jurídicos que se obtiene a través de un eficaz sistema judicial, con procesos y procedimientos rápidos, esta corriente, permite una lucha pronta, y eficiente contra la delincuencia, dando un síntoma de seguridad.

La contradicción del garantismo versus eficientismo, en el proceso penal salta a la vista en el proceso acusatorio, porque con el juicio público oral se quiere buscar eficiencia y se pretende lograr que haya un debido proceso sin dilaciones injustificadas. El gran reto del proceso acusatorio es brindar todas las garantías y al mismo tiempo, es, ser eficiente, es decir mostrar resultados con celeridad, el eficientismo, propende por que el proceso penal se resuelva la mayor brevedad

⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*, (Quito, Ediciones Legales – Universidad Andina Simón Bolívar, 2013) 48-53

⁵ Juan Sotomayor, *Garantismo y Derecho Penal*, (Bogotá, Temis, 2006), 3,4.

pretende escudarse en la exigencia constitucional de que el procesado tiene derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, pero en aras de la celeridad no se pueden sacrificar las garantías fundamentales que integren el debido proceso. Con razón el principio constitucional califica las dilaciones inadmisibles, cuando éstas son injustificadas, a contrario sensu, las justificadas se admiten y no hay mayor justificación para demorar el proceso que dejar a salvo las garantías fundamentales.

Ahora la celeridad no siempre es sinónimo de justicia, el juicio breve sumario puede ser trasunto de injusticia precisamente porque se sacrifican las garantías en aras de la brevedad, cuando lo importante es que el proceso se adelanten un término racional y con todas las garantías, pues el obtener un resultado pronto, tampoco puede conducir a dismantelar el proceso de sus lineamientos estructurales, cuando tiene como misión darle contenido real, dentro de la actuación a los derechos fundamentales, la eficiencia no puede esquematizar el proceso de tal manera que pierda su esencia garantiza, entonces el proceso penal acusatorio debe estructurarse de tal forma que las garantías esenciales del debido proceso que digas algo e introduciendo el desarrollo de principios que sirvan a la eficacia era que no implica necesariamente desconocimiento de estas, el Estado social de derecho como el nuestro tiene como fin primordial darle efectividad a los derechos fundamentales es claro que no puede sacrificarse los por privilegiar la eficiencia, un diseño procesal que le dé primacía la princesa de las garantías deviene en inconstitucional y las pruebas obtenidas estarían teñidas de ilicitud y serían objeto de precaución de la cláusula de exclusión⁶

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, encontramos los principios rectores del eficientismo en el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador

“Artículo 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

Así mismo, en el Código Orgánico de la Función Judicial tenemos el artículo 26, que establece:

“Artículo 18.- SISTEMA-MEDIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. - El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

⁶ José García Valencia, *Conferencias sobre el proceso penal acusatorio*, (Bogotá, Ibáñez, 2005), 85-87.

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

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

Y, en los instrumentos internacionales lo tenemos en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“Artículo 9.3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a 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.”

Al ser nuestro país un Estado constitucional de derechos y de justicia, hace, que las normas antes trascritas, coexistían con los otros derechos fundamentales, consagrados en la constitución,

En el Código Orgánico Integral Penal, dentro de su exposición de motivos en el punto sexto, encontramos recogidos dichos principios constitucionales así:

6. Balance entre garantías y eficiencia de la justicia penal Todo sistema penal se encuentra en el dilema entre combatir la impunidad y garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal. Si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca sanciona; si las garantías se flexibilizan, se acabaría condenando a la persona inocente. El sistema penal tiene que llegar al término medio para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social en el combate a la delincuencia. Se limita la actuación del aparato punitivo del Estado. La o el juez es garante de los derechos de las partes en conflicto. El proceso se adecua a los grados de complejidad de los casos. Las personas sometidas al poder penal -como víctimas o procesados- tienen, en todas sus etapas, derechos y garantías.

Como lo dijo el profesor Julio Maier: “El proceso penal es un *procedimiento de protección jurídica* para los justiciables y el derecho procesal penal una ley reglamentaria de la Constitución”⁷

A esto debo indicar que la eficacia del proceso, desde mi punto de vista, radica, no solo en que este sea rápido, sino que, además, se desarrolle con respecto a todas las garantías.

Pues, nuestra constitución, así lo señala, en su Art. 169⁸, al decir que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, cuyas normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso.

Lo que nos lleva a la necesaria combinación de ambos extremos, esto es de dotar de rapidez al proceso penal, sin que, en el mismo, se conculquen derechos o garantías constitucionales de las partes.

Pues el peligro latente en la realización de la audiencia de calificación de flagrancia, es que aboga claramente por una visión economicista del sistema, supone límites innegables a las garantías procesales favoreciendo a una política de eficacia por encima del valor justicia.

Ahora bien, una vez mencionado lo anterior, debemos entrar al señalar que es la flagrancia y en qué consiste la audiencia de calificación de la misma, y por qué considero que la celeridad en la celebración de aquella, restringe el derecho de defensa.

A este respecto el Art. 527 del COIP, define lo que significa flagrancia en los siguientes términos:

Flagrancia. - Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o

⁷ Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, Fundamentos (Buenos Aires: 2ed., 1996) 490.

⁸ Art. 169.-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

documentos relativos a la infracción recién cometida. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión.

En este punto, es necesario señalar especialmente dos hechos de los que tuve conocimiento en el ejercicio de la profesión y que propiciaron la elaboración del presente trabajo; en una ocasión, de forma paralela se dan dos hechos diferentes, por un lado, se detiene a un individuo chofer de un taxi pirata quien contratado por una abogada fueron a realizar un lanzamiento de un inquilino que incumplió el pago del canon de arrendamiento por lo que mediante sentencia se dio por terminado el contrato de arrendamiento, sin saber el chofer, que dicha sentencia y la respectiva orden de lanzamiento eran documentos falsos, fraguadas por la abogada que lo contrato, para dicho lanzamiento se había contratado además a un cerrajero y dos cargadores.

Por otro lado un anciano de 82 años de edad se dirigía en el sector sur de esta ciudad de Quito, a una entidad bancaria, a retirar la cantidad de seis dólares para el almuerzo de él y de su cónyuge, y al momento de bajar del bus e incorporarse en la vereda topo a una menor de 17 años de forma accidental; en el primer caso cuando ya se encontraban descerrajadas las cerraduras y se encontraban haciendo el lanzamiento de los bienes muebles, llega un patrullero y solicita los documentos y la presencia del depositario judicial, a lo cual la abogada señala que se encuentra sentado en el vehículo, por lo que los policías se dirigen hacia él, lo que es aprovechado por ésta profesional del derecho, para huir, al percatarse de esto y ante la falta de la principal responsable de dicho acto se detiene al conductor del taxi, al cerrajero y a los cargadores; mientras que en el segundo caso, el anciano, quien, al bajarse del bus pierde el equilibrio y de forma accidental topa la cintura de una menor de edad de 17 años que se hallaba vestida con un blue jean, la misma que lo acusa, de haberle abusado sexualmente al haberle introducido un dedo en su vagina produciéndole una equimosis himeneal.

Motivos por lo que los dos ciudadanos, el chofer del taxi y el anciano son detenidos en delito flagrante por la policía, llevados ante el juez de flagrancia, y se inicia el proceso penal en su contra, se ordena la prisión preventiva en los dos casos, pero al anciano se la sustituye por arresto domiciliario; sin ningún indicio claro de cargo en su contra. Señalando, además, que en estos dos casos no existió la posibilidad de que los aprehendidos hayan podido contar con el tiempo suficiente para preparar su defensa, ni

contar con el abogado de su confianza, sin tener comunicación con él, sin que los abogados que participaron en la audiencia de calificación de flagrancia puedan tener acceso al proceso, y sin que se puedan realizar diligencias solicitadas por estos ya que ni fiscalía ni el juez dieron paso a la realización de las mismas.

Ante esto, mi posición, es que existen, detenciones en flagrancia en donde no se tiene indicios claros respecto del cometimiento de un delito y de la responsabilidad de una o varias personas en él, y que para determinar aquello, el fiscal debe evacuar varias diligencias para determinar la posible existencia del delito y la presunta responsabilidad, lo cual no es posible realizarlo en 24 horas, peor aún si fuera un fin de semana.

La normativa legal a este respecto recogida en el COIP, señala que la audiencia de flagrancia debe realizarse dentro de las 24 horas de aprehensión, así lo señala en el art. 529 que dice:

Art. 529.- Audiencia de calificación de flagrancia. - En los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral.....

Conforme lo señala el artículo antes transcrito la fiscalía acude ante el juez de garantías penales a fin de que previo al trámite de ley se califique la constitucionalidad de la captura, siempre y cuando cumpla con los presupuestos establecidos en el artículo 527 COIP; y, que para la materialización de esta no hayan sido afectados sus derechos humanos y constitucionales.

En dicha audiencia de calificación de flagrancia el aprehendido debe contar con todas las garantías, pues así lo dispone el Art. 6 COIP que dice:.....”*En todo proceso penal en el que se prive de la libertad a una persona, se observarán las garantías previstas en la Constitución*”.

A este respecto la corte constitucional de Colombia en la sentencia C-425 de 2008 argumento:

“La legalización de la captura es una diligencia centrada en el estudio de los aspectos fácticos que rodearon la detención del capturado y de las garantías que el Estado social de derecho consagra al derecho a la libertad, entre ellos, el respeto por la dignidad humana, la información sobre los

motivos de la captura y la defensa de la integridad física y psicológica del detenido; la plena identificación, la defensa y a la contradicción.

En la audiencia de legalización de la captura, el juez de control de garantías no sólo evaluará la situación en que se produjo la restricción de la libertad flagrancia u orden judicial, sino también el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley para hacer efectivos los derechos del capturado.”

Respecto de los derechos del capturado, la persona que se encuentre restringida de la libertad por captura en flagrancia se le deberá garantizar el respeto de sus derechos fundamentales y recibir un trato digno, desde el mismo momento de su aprehensión, el trato digno a ser parte del derecho humano de la dignidad humana, inquebrantable, de estricta y obligatorio respecto por parte las autoridades, es por ello,, que una vez se es capturado, sobre quien recaiga esta restricción se le deberá informar de forma inmediata del hecho que se le atribuye, el derecho a indicar la persona a quien se debe comunicar su aprehensión, el derecho que tiene a guardar silencio que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de sí mismo, el derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo la defensoría pública proveerá su defensa.⁹

Se ha de tomar en cuenta que para que proceda la captura en flagrancia, los hechos deben estar relacionados con la comisión de una conducta punible, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable, la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado, por tanto si la defensa técnica encuentra que el momento de hacer efectiva la captura se vulneraron, pisotearon o conculcaron derechos fundamentales le corresponde ponderar, evaluar y definir sobre la petición en torno que el acto privativo esté revestido de ilegalidad y solicitara al juez decrete la libertad de inmediato sin condicionamiento alguno¹⁰.

Si la fiscalía opta por incluir en la acusación uno o varios de los aspectos fácticos que en su momento determinaron la captura en flagrancia, asume cargas como las siguientes: constatar que se trate de hechos jurídicamente relevantes que puedan ser subsumidos en la norma penal; si se trata de datos o hechos indicadores a partir de los

⁹ William Vivas Lloreda, *Manual de audiencias preliminares en el sistema penal acusatorio*, (Bogotá, doctrina y ley, 2017) 223 224.

¹⁰ Antonio González Navarro, *La defensa penal*, (Bogotá, leyer, 2010) 398- 402.

cuales puede inferir uno o varios hechos jurídicamente relevantes, debe ocuparse de su demostración a efectos de poder utilizarlos en el respectivo proceso; debe establecer cuáles son los medios de prueba pertinentes de agotar los trámites previstos en la ley para su admisión; si pretende valerse los testimonios de quienes aseguran haber sorprendido al procesado y o realizado la aprehensión, deberán realizar las gestiones necesarias para presentarlos en el juicio real, de haber incluido evidencias físicas o documentos como medios de prueba le corresponde cumplir con los respectivos requisitos de admisibilidad; y estas cargas no pueden ser eludidos bajo el argumento de que un juez de control de garantías, en su momento, concluyó que la captura se realizó según las reglas constitucionales y legales¹¹.

Una vez señalado lo anterior debemos mencionar que para nosotros la prisión preventiva por flagrancia es contraria al principio constitucional de la presunción de inocencia, más aun que esta medida, generalmente se basa en la necesidad de tranquilizar a la sociedad frente a la alarma provocada por el hecho delictivo, por lo que considero que el Estado no debe detener para luego investigar sino que se debe restringir la libertad de un individuo solo y siempre sí, se cuente con indicios claros y suficientes para poder llevarlo a juicio, pues la seguridad consiste también en la protección de toda interferencia arbitraria de la libertad de las personas pues el derecho a la libertad personal tiene reserva judicial lo cual el juez no puede perder de vista pues el carácter excepcional de la prisión preventiva impone que su aplicación esté sujeta a un análisis estricto y una evaluación seria y ponderada de las circunstancias que involucran el caso en concreto, pues para que una persona puede hacer preventivamente privado de la libertad se requieren que existan motivos previamente establecidos en la ley, y como parte de la estructura del debido proceso se encuentra la necesidad de determinar si en el caso concreto concurren presupuestos que hagan presumir el cometimiento de un delito y la responsabilidad del aprehendido.

Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no sólo de errores, sino también de sufrimientos y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente afflictivas, desde la tortura hasta el abuso moderno de la prisión preventiva, advirtiendo

¹¹ Heliodoro Fierro Mendes, *Detención y libertad*, (Bogotá, Ieyer, 2017) 507.

que la justicia penal, en ausencia de garantías, genera para los ciudadanos peligros tal vez mayores que los suscitados por las pasiones de los culpables. Por otra parte en el modelo garantista se invierte la idea de que el fin de la verdad justifica cualquier medio, de modo que es únicamente la naturaleza del medio lo que garantiza la obtención del fin, el derecho de defensa consiste en la refutabilidad de la hipótesis acusatoria por la contraparte, y que se hayan activado todas las posibles refutaciones y contrapruebas, para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas; es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes; en primer lugar, que la defensa este dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio.¹²

El COIP ha establecido en el artículo 527, tres casos en los cuales se conforma un verdadero sistema de flagrancia así, cuando se comete el delito por parte del sujeto activo en presencia de uno o más personas, cuando se lo descubre inmediatamente después de la supuesta comisión del delito, cuando el delincuente se reencuentra con los instrumentos productos de ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción cometida, casos que deben ser observados por el juez de flagrancia al momento de la audiencia, pues si no existe testigos dicen lo ha descubierto inmediatamente después de la Comisión, o si no se lo ha tenido con los instrumentos del delito, el juez de forma inmediata deberían no calificar la flagrancia y ordenar que se inicie una investigación previa, más sin embargo sin que se cumplan los requisitos de la ley el juez califica la fragancia y ordena el procesamiento penal.

El juez de flagrancia no cumple con su función cuando no verifica si realmente existe la flagrancia, solo se limitan a escuchar a los policías aprehensores luego legaliza la detención sin hacer constar los elementos de flagrancia para motivar resolución, pues en varios casos ni siquiera se exige que estén presentes las partes procesales, especialmente la víctima que es la única persona que presenció el cometimiento del delito.

Por lo anteriormente expuesto, debemos indicar que el objeto de la presente investigación se centrará, en consecuencia, en analizar la afectación de las garantías

¹² Luigi Ferrajoli, *Derecho Razón*, (Madrid, Trotta, reimpresión 2016), 603-614.

procesales en aras de la rapidez procedimental, lo que produce una quiebra injustificada del derecho de defensa del procesado

Nos vamos a centrar, en el estudio de la configuración del procedimiento de la audiencia de flagrancia y si en el tiempo en el que esta se desarrolla es posible que el procesado pueda escoger el defensor de su confianza, comunicarse con él, obtener los indicios de descargo, es decir si en la efectiva aplicación de este procedimiento, se consigue equilibrar la rapidez con la garantía de los derechos del procesado y de la víctima y si efectivamente se consigue con su creación la agilización pretendida sin una merma injustificada de garantías o, por el contrario, si el legislador sigue sin encontrar ese equilibrio al que nos hemos ya referido y que consiste en la no confrontación que debe existir entre el garantismo y el efficientismo penal.

Para aquello nos exigiremos en una ponderada aplicación de los preceptos de celeridad y derecho a la defensa y, sobre todo, de los principios generales, para el cumplimiento de los fines del moderno proceso penal.

Veremos en el presente trabajo de investigación, una probable quiebra injustificada de las garantías procesales, de los derechos fundamentales como los derechos a la tutela efectiva, al debido proceso y así a los de defensa, a la presunción de inocencia, a la obtención y contradicción de la prueba, que suponen los tramites agilizadores y que la doctrina pretende reconocer que ese deseado equilibrio es posible ser alcanzado.

Por lo que nuestra investigación pondremos de manifiesto los defectos de los que adolece el proceso de audiencia de flagrancia, refiriéndonos exclusivamente a aquellos que afecten directamente a la vulneración del derecho a la defensa, en la medida en que dicha celeridad afecta al procesado, que es donde vamos a encontrar las mayores críticas de constitucionalidad, por lo que es en ella donde fijamos el objeto de nuestra investigación.

Es así que en el primer capítulo contaremos con una visión del derecho a la defensa en el proceso penal y su eficacia en un estado constitucional de derechos.

En el segundo capítulo nuestro análisis estará orientado a conocer en que consiste el principio de celeridad y si la aplicación de este necesariamente debe ir en desmedro del derecho a la defensa dentro de la audiencia de flagrancia a desarrollarse dentro de un juicio penal o debe ser ejecutado respetando dicha garantía constitucional.

Finalmente, el tercer capítulo realizaremos un estudio de audiencias de calificación de flagrancias llevadas a cabo en la unidad judicial de calificación de flagrancia de Quito en el periodo comprendido entre el 1 de enero del 2013 al 31 de marzo del mismo año a fin de determinar la efectiva aplicación o no del derecho a la defensa en las mismas.

CAPITULO I

1.1 Flagrancia

Según ESCRICHE citado por Ricardo Vaca Andrade señala que delito flagrante “es el delito que se ha consumado públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo que lo cometía”¹³

Lo que se está ejecutando o haciendo en el momento actual. Requiere de dos circunstancias, una de índole penal y la otra procesal. Lo primero se refiere a la etapa de comisión u omisión punible, por lo que atraviesa necesariamente todo delito consumado o en grado notorio de ejecución, lo segundo se relaciona con la observación de la actividad delictiva por uno o más testigos y con la detención del responsable antes de haber concluido la manifestación delictiva y haberse puesto a salvo, lejos del lugar de los hechos o luego de haber podido adoptar, aun permaneciendo en ellos, actitud de inocencia cuando menos aparente.¹⁴

Este concepto demasiado conocido en las leyes de procedimiento penal a fin de no dejar por fuera de la medida cautelar ciertos comportamientos observados después de haberse consumado un delito, estado que ordinariamente se denomina cuasi flagrancia o flagrancia presunta, cierta facultad que tiene todo individuo para poder capturar a la persona que es sorprendida en el momento mismo de estar cometiendo un delito, es un anhelo del legislador que busca que los ciudadanos colaboren con la defensa de los intereses de la justicia.¹⁵

1.2 Flagrancia en el código orgánico integral penal.

El artículo 527 señala que se entiende que la persona está en situación de flagrancia en los siguientes casos:

¹³ Ricardo Vaca, *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*, (Quito, Ediciones Legales, 2015), 24.

¹⁴ Guillermo, Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, (Buenos Aires, Heliasta SRL, 1981), T. IV, 84.

¹⁵ Hernando, Londoño, *De la captura a la excarcelación*, (Bogotá, Temis, 1983) 5.

a) Cuando el sujeto comete el delito en presencia de uno o más personas, A este respecto debemos señalar que el delito puede ser cometido en presencia de uno o más personas, tomando en consideración que ese uno puede ser incluso el ofendido, a una tercera persona;

b) Cuando se lo descubra inmediatamente después de la supuesta comisión del delito; para aquello debe existir persecución ininterrumpida desde el momento en el que se comete el delito hasta que el delincuente es aprehendido, y esto debe ser dentro de las 24 horas subsiguientes a la comisión del delito.

c) Cuando el delincuente se lo encuentra con armas instrumentos producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida; este caso se da cuando el delincuente no es detenido al momento del cometimiento del delito ni ha sido perseguido inmediatamente de forma ininterrumpida, sino que es suficiente que sea sorprendido en poder de evidencias o huellas que hagan presumir que es el autor del acto ilícito.

1.3 Situación jurídica de la flagrancia en el COIP.

La flagrancia no es un mero concepto utilizado para diferenciarlo del delito no flagrante, se trata más bien de una situación jurídica que opera restringiendo los derechos del delincuente ya que puede ser tenido por cualquier persona y puesto inmediatamente a órdenes de la autoridad competente a fin de que sea procesado sin que exista una investigación previa, y sin que se presenten evidencias como elementos de cargo ya que la mayor evidencia es la situación de flagrancia, lo cual limita el derecho a la defensa ya que no existe nada que investigar si no solamente verificar ante el juzgador la existencia de flagrancia para juzgar al autor.

1.4 Efecto procesal de la flagrancia en el COIP.

El COIP establece una regulación especial para el procesamiento de una persona en situación de flagrancia, es así que en el plazo de 24 horas debe realizarse la audiencia de calificación de flagrancia ante el juez de garantías penales, en donde el fiscal debe formular cargos con lo cual se da inicio la instrucción que tendrá una duración máxima de hasta 30 días de acuerdo a lo que señala el artículo 592 No. 2 COIP, siempre que el

delito no fuere de aquellos que obligatoriamente debe ser sometido al procedimiento directo en aplicación del artículo 640 No. 2 ibídem, este procedimiento se caracteriza porque restringe los derechos al debido proceso del acusado ya que se concentra todas las etapas en una sola audiencia lo que no permite que se ejerza el derecho a la defensa de forma adecuada contando con el tiempo suficiente y con los medios adecuados para defenderse.

En esta audiencia no se presentan evidencias, tampoco se presentan las personas que presenciaron el acto delictivo, así como a pretexto de la no, revictimización, tampoco se presenta a la víctima, lo cual contraviene los principios del debido proceso, y más bien, se basa fiscal y juez, en un informe elaborado por los agentes de policía quienes proceden a calificar a su entender cuál es el delito que se ha cometido, ocultando además todas las circunstancias favorables al agente del delito.

1.5 Flagrancia, una regulación procesal de excepción al principio de reserva judicial.

La flagrancia como excepción al principio de reserva judicial, se basa en que el delincuente sorprendido en flagrancia puede ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Por consiguiente, la posibilidad de captura sin el cumplimiento de reserva judicial, no puede ir desvinculada de la flagrancia.¹⁶

Así las cosas, la excepción al principio de reserva judicial basado en la flagrancia implica que un delincuente sea aprehendido en el momento en que ejecuta una conducta punible o cuando es sorprendido y capturado como objetos instrumentos o huellas, que permitan inferir fundadamente que se cometió un delito.¹⁷

1.6 Legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia.

El art. 526 del COIP, señala que se ha de aprehender a quien cometa un delito flagrante de acción pública.

¹⁶ Heliodoro, Fierro, *Control de garantías del proceso penal acusatorio*, (Bogotá, Doctrina y ley, 2007), 149

¹⁷ Jaime, Bernal, *El proceso penal*, (Bogotá, U. Externado de Colombia, 2013), 484.

Ante esto el juez de garantías penales ha de examinar las condiciones objetivas que determinen si es que el delito se ha cometido en flagrancia es decir dentro de las 24 horas desde la comisión del delito y además si el hecho imputado al procesado constituye un delito, y que este delito sea de acción pública.

La legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia quede exclusivamente a cargo del juez de control de garantías, en tanto que la fiscalía adopta tan sólo una determinación sobre la concesión de libertad en casos en que no se cumplen requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o la captura en flagrancia sea ilegal.¹⁸

1.7 Razones probatorias de la flagrancia.

Uno de los efectos que causa la flagrancia es el relacionado con la apreciación probatoria del hecho y de su autor. El sorprender a la persona en el instante mismo en que ejecuta la conducta permite establecer un contenido probatorio indiscutible. Sin embargo, la situación de flagrancia, si bien crea excepciones vinculadas con los requisitos para poder capturar una persona o allanar un domicilio, ella no tiene el alcance de relevar a la autoridad judicial de la obligación de estudiar y demostrar con pruebas y argumentos un resultado que conduzca a la adecuación típica, la antijuricidad y la culpabilidad.

Por tanto, si un juez de control de garantías concluye que el imputado efectivamente fue sorprendido y capturado durante la comisión de la conducta punible, esto, sólo es trascendente para el análisis de la medida preventiva, pero bajo ninguna circunstancia puede tenerse como hechos demostrados a efectos de establecer la responsabilidad penal. Aparte, la responsabilidad penal debe resolverse en el juicio oral, por un juez imparcial, luego de un debate regido por los principios de inmediación, concentración, contradicción, confrontación, etc.

Por su parte la fiscalía si opta por la acusación a fin de que se legalice la captura en flagrancia asume cargas, como las siguientes: a) constatar que se trate de hechos jurídicamente relevantes, en la medida en que pueden ser subsumidos en la respectiva norma penal; b) si se trata de datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferir uno o varios hechos jurídicamente relevantes, debe ocuparse de su demostración a

¹⁸ H, Fierro, *Control...*, 157.

efectos de poder utilizarlos en el respectivo proceso; c) debe establecer cuáles son los medios de prueba pertinentes y agotar los trámites previstos en la ley para su admisión; d) si pretende valerse los testimonios de quienes aseguran haber sorprendido al procesado y realizada la aprehensión, deberá realizar las gestiones necesarias para presentarlos ante el juez de garantías; e) de haber incluido evidencias físicas o documentos como medios de prueba, le corresponde cumplir con los respectivos requisitos de admisibilidad.

1.8 Flagrancia no desvirtúa la presunción de inocencia.

Pareciera que la sola presencia de la evidencia procesal de la flagrancia, fuera medio probatorio suficiente para desconocer la presunción de inocencia, aplicándose una responsabilidad objetiva pero es necesario señalar que este hecho indicador externo, objetivo, tiene que ser debatido al interior del proceso, ya que el individuo puede demostrar una causa de justificación, de inculpabilidad, atipicidad o que es inimputable, para lo cual se actuara prueba, es por esto que se dice que en flagrancia se percibe y en sentencia condenatoria se demuestra, es por lo que se afirma que la flagrancia por sí sola no desvirtúa la presunción de inocencia¹⁹.

1.9 Clases de flagrancia.

La expresión flagrancia es utilizada por los códigos procesales penales con un sentido amplio y extensivo a lo que en doctrina se conoce por flagrancia propiamente dicha, cuasi flagrancia y flagrancia presunta.

El caso más característico es el conocido por flagrancia propiamente dicha, no va más allá de la sorpresa en el acto mismo de la comisión del hecho esto es durante su ejecución; pero puede captar también un momento inmediatamente posterior ligado en forma directa a esa ejecución: cuando no obstante haber concluido, sus autores y cómplices no hayan alcanzado a apartarse del lugar donde fueron vistos cometiendo el hecho. Aquí se capta también la tentativa por cuanto en ella existía principio de ejecución.²⁰

¹⁹ Orlando Rodríguez, *la presunción de inocencia*, (Bogotá, Ibáñez, 2011) 513, 515.

²⁰ Jorge, Clariá, *Tratado de derecho procesal penal*, (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009), 296.

Cuando se sorprende a los partícipes inmediatamente después de producido el hecho y mientras sean perseguidos por la fuerza pública, por el perjudicado o por el clamor público. Este caso se pone el alejamiento de los partícipes del lugar de la ejecución, pero está doblemente condicionado para que pueda encuadrarse en la cuasi flagrancia. Una condición hacia el tiempo que se caracteriza con la expresión inmediatamente después, cuyo valor se percibe mejor combinándola con la exigencia de la persecución ininterrumpida. Se considera flagrancia, y por tanto procede la aprehensión sin orden, cuando no obstante haberse apartado del lugar del hecho, los autores son inmediatamente perseguidos sin solución de continuidad, aunque se trate de un lapso más o menos prolongado²¹.

No dadas las condiciones anteriores aún es posible aprender sin orden cuando la persona tenga objetos o presente rastros que permitan presumir vehementemente que acaba de participar en un hecho delictuoso. Se trata de los supuestos de flagrancia presunta previstos en todos nuestros códigos modernos.²²

La apreciación debe ser objetiva, y no tratarse de una simple inducción acerca de la participación delictiva; pero la violación sobre ello ha de quedar a exclusivo criterio de quien aprende.²³

El COIP ha establecido la flagrancia propiamente dicha en sus dos primeras causales del art. 527, y la cuasi flagrancia en la tercera, causal.

El autor ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo²⁴ señala, nuestra legislación amplía el ámbito de la flagrancia a la flagrancia propiamente dicha y a la cuasi flagrancia. Son dos, pues, las formas como nuestra legislación procesal concibe la flagrancia en general a saber: a) cuando se descubre el delito en el instante de la comisión ante una o más personas; y, b) cuando el autor es aprehendido instantes después de haber cometido el delito y se la encuentra en posesión de aspectos relacionados con el delito.

²¹ J. Claria, *Tratado*,... 297

²² J. Claria, *Tratado*,... 297

²³ J. Claria, *Tratado*,... 297

²⁴ Jorge, Zavala, *Tratado de derecho Procesal Pena*, (Guayaquil, Edino, Tomo V)I, 27.

1.10 Derechos del aprehendido en flagrancia

En estos casos de flagrancia y cuasi flagrancia quien efectúa la captura está en la obligación de poner al aprehendido a disposición de la autoridad en el término de la distancia so pena de caer en detención ilegal, se trata de un derecho inculcable del individuo y que es una suprema garantía de libertad y del derecho a la defensa, porque para impetrar la primera y ejercer lo segundo, solo puede procederse, ante los funcionarios competentes para instruir y conocer el delito²⁵

1.11 Características de la flagrancia.

Inmediatez temporal.- consistente en que la persona imputada este cometiendo el hecho, o que se haya cometido momentos antes.

Inmediatez personal.- es decir que el sindicado se encuentre en el lugar de los hechos en situación que con relación al objeto o a los instrumentos del delito se infiera su participación en el mismo.

Necesidad urgente.- de modo que los servidores públicos o simples ciudadanos, por las circunstancias del caso en concreto intervengan para poner término al hecho, impidiendo la propagación del mal y conseguir la aprehensión del infractor.²⁶

1.12 Audiencia de calificación de flagrancia.

En los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia ante el juez de flagrancia, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. El Fiscal y defensor deberán comparecer ante el juez para sustentar sus respectivas posiciones. El fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente, deberá presentar las evidencias encontradas en poder del sospechoso y fundamentar la imputación que sirve de base para formular cargos, podrá solicitar de forma fundamentada medidas cautelares que considere convenientes para la investigación así como para la comparecencia del procesado a juicio, posteriormente se escuchará la

²⁵ H. Londoño, *tratado...*, 10.

²⁶ Orlando Rodríguez, *La presunción de inocencia*, (Bogotá, Ibañez, 2011) 509.

víctima y al aprehensor que generalmente es el policía, en el caso de que ellos hayan asistido a la audiencia, posteriormente será el defensor del aprehendido o éste quien señalara las circunstancias en que fue aprehendido o simplemente podrá acogerse al derecho al silencio, el defensor por su lado para exponer los argumentos con los cuales impugna el cometimiento del delito y la calificación de flagrancia, por inexistencia del delito, por falta de tipicidad, por cuanto obra en su favor una causa de justificación, un acto reflejo, una afectación mental. Una vez terminadas las exposiciones el juez de garantías penales efectuará un primer pronunciamiento sobre la existencia o no de elementos de convicción, fundamentación para emitir o no medidas cautelares, se pronunciara sobre la existencia o no del principio de oportunidad y mínima intervención penal, así como señalara si califica o no la flagrancia, una vez hecho y en el caso de calificar la misma, solicitará en la misma audiencia que se notifique a los sujetos procesales con el inicio de la instrucción a fin de que se formalice la relación jurídico básica entre fiscal y procesado.

Conforme lo dispuesto en el artículo 529 del COIP, en la audiencia de calificación de flagrancia, se debe determinar si el caso debe sustanciarse en procedimiento ordinario o directo, y de ser en este último hay que señalar que el juez debe señalar día y hora para realizar la audiencia de juicio en el plazo de 10 días en el cual dictará sentencia, a lo que hay que observar que la calificación de flagrancia predispone ya de por sí el juez en contra del procesado, violentando de esta forma el principio de imparcialidad, pues se ha de entender que la calificación de flagrancia opera como un pre juzgamiento, al cual sólo le falta la imposición de la pena por parte del juez que conoce tanto la audiencia de calificación de flagrancia como la audiencia del juicio que es el mismo.

En base a lo anteriormente expuesto, debemos señalar que la situación de flagrancia como actualmente se encuentra establecida en la ley, limita la investigación procesal y restringe en gran medida el ejercicio del derecho de defensa, pues en apariencia en el caso del delito flagrante no existe nada que investigar, quedando únicamente que el juez de flagrancia verifique la existencia de la misma, ordenando se notifique con el inicio del proceso penal en contra del procesado.

Por tanto, considero que la calificación que ha dado la ley de audiencia de calificación de flagrancia se constituye en una mera expresión ya que en la práctica no se

cuenta ni con el tiempo ni con los medios adecuados para ejercer la defensa, resultando además imposible argumentar en favor del procesado causas de justificación, de inculpabilidad, ausencia de acto, acto reflejo, trastorno mental, etc., en caso de haberlas.

De acuerdo al artículo 30 del COIP el delito cometido por el procesado puede ser justificado cuando en su favor operen causas de justificación, las mismas que al ser alegadas en su defensa, deben ser probadas para lo cual se requiere contar con el tiempo adecuado para la investigación, tiempo adecuado que no se encuentra en el caso de la audiencia de flagrancia la misma que debe celebrarse dentro de las 24 horas de la aprehensión.

En el caso de los trastornos mentales, que por su naturaleza imposibilita al procesado en controlar su voluntad, es evidente que las pruebas de esta afección requieren de experticia médica psiquiátrica, y de otros exámenes complementarios que determinen su grado de afección, lo cual es imposible dentro de 24 horas, y menos aún si es que la detención en flagrancia se la realiza un fin de semana o en horas no laborables.

Tampoco es ajeno a que se presenten casos de flagrancia por caso fortuito o fuerza mayor, que constituyen fuerza irresistible; o, por movimientos reflejos o estados de inconciencia, actos que de igual forma requieren de una investigación adecuada, la misma que no se logra en 24 horas, a fin de obtener indicios de descargo que establezcan que el acto presumiblemente delictual no ha sido causado en un estado consciente y voluntario.

Considero que la persona que ha sido aprendida en situación de flagrancia se encuentra sometida a reglas procesales excepcionales, ya que las mismas sólo se aplican a los delitos flagrantes, estas se caracterizan por restringir en gran medida la aplicación de principios y garantías constitucionales del debido proceso, lo cual conduce a que haya un exceso de abuso por parte de varios operadores de justicia, como el policial, fiscal y juez, ya que al existir un mandato legal que exige que la audiencia de calificación de flagrancia deba realizarse dentro de las 24 horas a partir de la aprehensión, ninguno de los operadores antes nombrados proceden a realizar o a ordenar se realice, ninguna investigación, así como la premura en la realización de dicha audiencia hace que ni el fiscal ni el defensor público o privado cuenten con tiempo y con medios adecuados para ejercer la defensa, pues en la mayoría de los casos estas audiencias se realizan,

únicamente con el fiscal el aprehendido su defensor público y el juez, sin contar ni con la víctima, ni con quienes presenciaron el supuesto acto delictivo, a pesar que el artículo 574 numeral 4 establece la obligación de asegurar la presencia inmediata de los sujetos procesales.

No es desconocido para nosotros que en muchas ocasiones la policía que aprehende al sospechoso del cometimiento de un delito flagrante no recoge los indicios de descargo que operen en favor del procesado, y muchas veces hasta prefabrican hechos o pruebas dejando en estado de indefensión al sospechoso.

Es muy común, que el fiscal incumpla sus obligaciones, y proceda a delegar a funcionarios de la policía judicial a fin de que actúen por su cuenta, y procedan a realizar por su cuenta la identificación del sospechoso, así como a buscar elementos de cargo en contra del procesado.

Los jueces penales de flagrancia que son jueces de garantías, no cumplen esta función pues en la audiencia de flagrancia no verifican si se ha respetado el debido proceso en favor el procesado, si realmente existen indicios claros y suficientes que hagan presumir la existencia del cometimiento de un delito, la participación del procesado en el mismo, así como no verifican si realmente existe flagrancia, sino que, simplemente se dejan llevar por lo que dice y pide el fiscal.

La ley de la materia señala con claridad el procedimiento que ha de llevar toda audiencia, entre estos el poder ejercitar el principio de contradicción, lo cual en la audiencia de calificación de flagrancia es un mero formalismo ya que el juez no emite ningún pronunciamiento sobre las alegaciones realizadas por la defensa del procesado quedando de esta forma en indefensión.

Dando por tanto una ventaja al fiscal sobre el procesado, quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad, especialmente en aquellos casos en los cuales se detiene a varias personas sin saber cuál de ellas actuó o no en el hecho delictivo que se investiga, así por ejemplo en el caso de riñas callejeras con resultado muerte, que en muchos casos uno o algunos de ellos ni siquiera han participado, sino simplemente se encontraban en ese lugar, lo que hace que frente a los elementos que dispone el fiscal para formularles cargos, los procesados se encuentren en indefensión, pese a que la carga de la prueba

corresponde al fiscal, éste, no investiga nada, pues de plano ya considera que el delito se encuentra establecido así como la responsabilidad del procesado, y de esta forma ilegal, se procede a realizar una inversión de la carga de la prueba, haciendo que el procesado proceda a demostrar la inexistencia del delito o su no participación en él.

El principio de igualdad determinada en la ley a mi criterio también es transgredido en la audiencia de calificación de flagrancia toda vez que la situación del procesado exige tener más oportunidad para demostrar su inocencia, tomando en consideración que la audiencia de calificación de flagrancia funciona como una resolución de pre juzgamiento porque el fiscal la presenta como prueba fundamental de la participación del procesado en el delito, situación diferente a aquellos procesados que se encuentran ante un juicio ordinario en donde primero se realiza una investigación a través de la indagación previa la misma que puede durar entre uno y dos años.

Por lo antes dicho, veremos en adelante en el desarrollo de la presente tesis como por la celeridad con la que se celebra la audiencia de calificación de flagrancia se limita el ejercicio del derecho a la defensa.

CAPITULO II

Derecho de defensa

2.1 Naturaleza jurídica

El derecho a la defensa centraba su contenido a la simple posibilidad de ser escuchado en un proceso antes de ser condenado, pues dice que se trata de un principio muy antiguo y que está recogido en escritos tan remotos como los números de la Biblia 35:12 o por algunos literarios griegos del siglo IV a, C, donde se hacen impresionantes explicaciones bastante completas del principio²⁷.

El derecho a la defensa surgió más o menos estructuradamente cuando el monarca se arrogó la posibilidad de impartir justicia, que por su origen competía al pueblo y no al Estado. Desde entonces si el Estado persigue, el hombre tiene el derecho a defenderse²⁸.

Ya en la declaración de derechos del Estado de Virginia 1776, se preveía que, en toda acusación criminal, el hombre tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de la acusación, a confrontar con los acusadores y testigos, y a producir prueba en su favor, en un juicio rápido por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable. Señalando además que los principales elementos que integran el derecho a defenderse son acusación, defensa, prueba y sentencia²⁹.

Posteriormente dice MAIER que la evolución posterior de la Constitución de los Estados Unidos de América confirmó ese texto: en la Enmienda VI, señalando “*el acusado gozará del derecho... a ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación; a confrontar con los testigos contrarios; a que se adopten medidas compulsivas para la comparecencia de los testigos de recargo; y a la asistencia de abogados para su defensa*”; en la Enmienda V diciendo que: “*ninguna persona.... Será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal*”; y en la

²⁷ Jordi Nieva Fenol, *Derecho Procesal I, Introducción*, (Madrid, Marcial Pons, 2014), 139.

²⁸ Álvaro Pérez, *Los Principios Generales del Proceso Penal*, (Bogotá, Temis 2015), 26.

²⁹ Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal, Tomo I*, (Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l.2012), 540.

Enmienda XIV: “.... *Ningún Estado privara a persona alguna de la vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal.*” Pág. 540

Desde sus mismos orígenes la idea jurídica de defensa se da con amplitud y sin restricción dentro de los sistemas acusatorios, atribuyendo el origen de esta institución al Constitucionalismo de fines del siglo XVIII y principios del XIX que planteo una noción sustantiva del derecho de defensa, como previo y fundante a su explicitación procesal, siendo así que, en Latinoamérica, la Constitución de la Nación Argentina, de 1853, fue la primera en incorporar expresamente en su texto el derecho de defensa, interrelacionado con los otros elementos componentes del debido proceso, y que este fundamental instituto resulta de la capacidad real de todo individuo de rechazar por sí un ataque a su esfera personal, su ámbito de privacidad y disponibilidad³⁰.

Es así que desde el siglo XIX la ciencia jurídica se debate la naturaleza jurídica del derecho a la defensa, la relación entre el defensor y su defendido, pues de acuerdo a la definición aportada por SAVIGNY, se trata de una relación entre personas a la que la ley le atribuye eficacia y efectos. lo cual es una consecuencia del pensamiento iuscivilista de fines del siglo XVIII y principios del XIX, que va desde los estudios de POTHIER sobre las fuentes romanas, hasta los grandes pandectistas alemanes del siglo XIX como SAVIGNY, PUCHTA, NIEHBURG, IHERING, etc., quienes se encontraban en la búsqueda del origen de las instituciones en las fuentes clásicas de las obligaciones.³¹

En tal sentido, estos pensadores y sus seguidores hasta hoy han tratado de descifrar la naturaleza jurídica de casi todas las instituciones sociales entre ellas la del proceso judicial, prueba de ello es la situación descrita por JUAN MONTERO AROCA en un magnífico artículo titulado “El proceso no tiene naturaleza jurídica”, en el cual explica lo inútil de las disquisiciones acerca de si el proceso judicial es un contrato o un cuasicontrato o una “situación jurídica”.

A esto Eric Pérez, señala que el proceso penal es obviamente una institución jurídica, porque es un conjunto de relaciones reguladas por la ley, en que incurren las personas para resolver sus conflictos y exigir tutela de sus derechos, y que por tanto nada

³⁰ Jorge Vázquez Rossi, *La Defensa Penal*, (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996), 77,78.

³¹ Eric Pérez, *Los Fundamentos de la Defensa Penal*, (Bogotá, Temis, 2012), 36.

tiene que ver con las fuentes clásicas antes señaladas, sino con una necesidad social de convivencia armoniosa, es decir, con la necesidad misma de la jurisdicción.

De lo antes transcrito puedo afirmar que el derecho a la defensa tiene una naturaleza jurídica sustantiva, constitucional, que presupone una cantidad de garantías que dotan de contenido las posibilidades de actuación de un litigante, antes o dentro de un proceso acusatorio en donde se le reconoce titularidad de derechos, en defensa de su integridad y patrimonio, considerándolo como sujeto y ya no como objeto del proceso.

2.1.1 Definición.

“El derecho de defensa es un derecho fundamental de todo procesado a acceder al proceso penal, tan pronto como se le atribuya la comisión de un hecho punible, y a designar, en él, a un Abogado de su confianza o a reclamar la intervención de uno de oficio para efectuar ambos, defensor y patrocinado, los actos de alegación, prueba e impugnación que estimen necesarios en punto a hacer valer, con eficacia, el derecho fundamental a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente.³²”

Ibed Toro³³ citando a Carocca Pérez indica que éste define al derecho a la defensa como una garantía constitucional que “asegura a los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo de todo el proceso sus alegaciones y sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia. En definitiva, se trata de la garantía de la participación de los interesados en la formación de la decisión jurisdiccional”.

Para nosotros el derecho a la defensa se ha entendido como la facultad que tiene el acusado para emplear en su favor todos los medios legítimos para ser oído antes y dentro de un proceso, ya sea solicitando o adjuntando pruebas; así como, la facultad de contradecir las que se aporten en su contra a fin de obtener una decisión en su favor.

Al ser la respuesta a una acusación que le ha precedido, el derecho a la defensa se constituye, dentro o fuera del proceso en una garantía, de intervención para las partes, lo

³² Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal*, (Pamplona-España, Editorial Aranzadi SA., 2012), 259.

³³ Ibed Toro Cornejo, *El Derecho al Debido Proceso*, (Santiago, El Jurista, 2012), 157.

que supone un reconocimiento por parte del juez, de que es un derecho fundamental con jerarquía constitucional, lo que implica que su ejercicio debe ser amplio y flexible.

Ante la ofensa o agresión legítima que recibe el hombre por parte del Estado, por medio del derecho penal sancionador, éste, puede reaccionar en igualdad de condiciones, produciéndose una relación contradictoria de acción- reacción³⁴.

El derecho a la defensa constituye una actividad esencial del proceso penal, destinada a salvaguardar los derechos del procesado, impugnando de forma provisional o definitiva la constitución o desarrollo de la relación procesal, denunciando algún obstáculo o deficiencia en una norma de derecho aplicada al hecho que constituye el objeto sustancial de aquella³⁵.

2.1.2 Alcance del derecho a la defensa.- Pico I Junoy³⁶, señala que el derecho a la defensa asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentada mente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, sin que sea necesario que de facto tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes, que, por unas u otras razones, puede no producirse.

El derecho a la defensa es un auténtico derecho fundamental, el reconocimiento constitucional como derecho fundamental otorga su inmediata y directa aplicación, y se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales de carácter instrumental contenidos a nivel constitucional y legal, cuya primera manifestación consiste en acceder al proceso tan pronto se conozca de una acción en su contra la cual debe ser inmediatamente comunicada, cuyo primer ejercicio estriba en reclamar el derecho a la defensa técnica a fin de oponerse a la imputación³⁷.

Por tanto, consideramos que el derecho de defensa viene integrado por un conjunto de garantías y derechos que previamente han sido formuladas en su favor por el

³⁴ Álvaro Pérez, *Los Principios Generales del Proceso Penal*, (Bogotá, Temis 2015), 26.

³⁵ Victor Cubas, *El Nuevo Proceso Penal Peruano*, (Lima, Palestra, 2015), 144.

³⁶ Joan Picó I Junoy, *Las Garantías Constitucionales del proceso*, (Barcelona, Editorial JB Bosch Editor, 2012), 121.

³⁷ Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal*, (Pamplona-España, Editorial Aranzadi SA., 2012), 259.

legislador, con el fin de brindar protección a quien ha sido sometido a un proceso, de forma que durante su tramitación pueda hacer valer sus derechos sustanciales, a fin de que, mediante el respeto al debido proceso, se asegure una eficaz y recta administración de justicia.

2.1.3 Principios rectores del derecho a la defensa³⁸

Oportunidad de defenderse.

Implica que a la persona procesada se le otorga la factibilidad del goce de todos los beneficios de forma oportuna, rápida y real, lo cual implica, que ningún funcionario, ni las partes, puedan limitar o coartar esa oportunidad, y de llegar a hacerlo, de manera consiente y voluntaria; y, al ser el funcionario el garante del ejercicio del derecho a la defensa, y que percatándose de una anomalía, que lo restringe, y no toma las medidas correctivas, equivale a cometer un acto contrario a la ley, tan lesivo como el que se investiga.

Unitaria y continua.

Este principio atiende al sentido que debe tener la defensa técnica dentro de un procedimiento, la misma que debe ser una sola y que esta actué durante todo el proceso, pues el cambio reiterado de defensa, no permite una adecuada actuación defensiva eficaz y pronta, ya que el éxito de la defensa radica en el conocimiento de los hechos que se investigan y del conocimiento en el desarrollo del proceso, vinculado a los asuntos de derecho.

Se ejerce de manera material y técnica.

La defensa puede ser ejercida por el propio procesado, a lo que se denomina defensa material; y, el procesado puede y debe ser asistido por un defensor, que realiza la defensa técnica. La defensa puede ser ejercida de manera separada, pero no unitaria, pues no se puede prescindir de ninguna de las dos.

³⁸ Heliodoro Fierro Méndez, *Control de Garantías del Proceso Penal acusatorio*, (Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley, 2007), 94, 95,96.

2.1.4 La defensa penal. - Elementos constitucionales constitutivos de la defensa procesal.

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

Consideramos que la prohibición o la limitación del ejercicio del derecho de defensa en cualquier estado del proceso o fase pre procesal, por parte de los órganos de acusación o jurisdiccionales, quien, a través de sus actos o resoluciones, impida a que se pueda alegar, probar o contradecir, o que no se lo pueda hacer en igualdad de condiciones, constituye indefensión, así como el hecho de que las peticiones, las alegaciones, las pruebas no sean acogidas o practicadas de forma inmotivada.

Los requisitos, para que pueda ampararse una situación de indefensión constitucional son:

- a) Debe ser material, esto es, no formal o meramente procesal. Por ello, ha de existir una privación o limitación sustancial del derecho al defensa del recurrente cifrado, como hemos apuntado anteriormente, en la imposibilidad de efectuar alegaciones o de probar lo alegado.
- b) Debe tratarse de una privación real, efectiva y actual, no potencial, abstracta, o hipotética, de los medios alega o prueba.
- c) Tiene que ser total y absoluta, esto es, que suponga una reducción a la nada de las posibilidades de defensa de quien sufre la indefensión.
- d) Ha de ser definitiva, sin que puedan los interesados promover la defensa de sus derechos o intereses legítimos en un ulterior juicio declarativo. En consecuencia, ni en los procesos sumarios ni en los de jurisdicción voluntaria puede tener lugar esta infracción; y
- e) Debe ser imputable exclusivamente, de modo inmediato y directo, al órgano jurisdiccional, esto es no puede haber sido provocada ni consentida por el recurrente con algún tipo de pasividad, impericia o negligencia³⁹.

Por tanto la prohibición de la indefensión o principio de indefensión, consiste en el deber que tiene el estado, el fiscal y el juez, de estar permanentemente atento a que se cumpla el ejercicio de la defensa material y técnica, sin impedimentos, ni restricciones, con un eventual comportamiento judicial abusivo, arbitrario o ilegal, haciendo presente la eficacia del principio doctrinario de “deber de asistencia de los tribunales” que los

³⁹ Joan Picó I Junoy, *Las Garantías Constitucionales del proceso*, (Barcelona, Editorial JB Bosch Editor, 2012), 111.

obliga a asistir a los inculpados, en determinadas situaciones procesales, a fin de contrarrestar la posición individual y solitaria de éste, frente al aparato estatal en el proceso penal⁴⁰.

a.1) Momento de su ejercicio.

Creemos firmemente que el derecho de defensa es ejercible aun desde el ámbito extraprocesal, es decir desde el momento del conocimiento de la *notitia criminis*, y hasta el final del proceso incoado, y, surge de la necesidad de conocer de los cargos que se formulen y de los elementos de cargo y descargo que se cuenten.

Por tanto diremos que el derecho de defensa protege a la persona sometida a investigación de no quedar en estado de indefensión, antes o en cualquier etapa del proceso judicial, por lo que debe contar con la asistencia de un defensor, desde antes que se inicie acción formal alguna, a fin de permitir ser oído y formular sus descargos, con las debidas garantías frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover en su contra, el principio acusatorio, supone esencialmente la prohibición efectiva de indefensión del acusado, lo que constituye un derecho fundamental.

Es así, que considero que inviolabilidad del derecho de defensa, consiste en no privar del ejercicio, de ninguno de los derechos garantizados en la Constitución y la ley, para su protección, connota el deber de toda autoridad de instruir al procesado cuales son esos derechos que le asisten, y velar por el respeto de su dignidad, evitando toda intromisión, incluso justificada, por la propia necesidad de persecución y enjuiciamiento punitivos.

Los rasgos básicos que deben concurrir para que existe indefensión son los que recaen sobre los siguientes elementos: a) Que se haya infringido una norma procesal, b) Que exista privación o limitación de oportunidades de defensa, entendiendo por estos los consistentes en realizar alegaciones o en proponer y practicar pruebas; c) Que la indefensión no sea imputable al que la sufre, de modo que su prueba corre de cargo a quien la sufre, así como debe determinarse en cada caso el grado de diligencia exigible al justiciable o a su abogado o patrocinador; d) Que la privación o limitación de la defensa

⁴⁰ Álvaro Pérez, *Los Principios Generales del Proceso Penal*, (Bogotá, Temis, 2015), 30.

no haya quedado posteriormente sanada; e) Que la privación o limitación haya tenido incidencia efectiva en el fallo⁴¹.

La indefensión puede producirse de forma legal o ilegal, de forma legal cuando se atiende exclusivamente a su texto y no a su espíritu, y cuando al atender a su texto se desconoce principios constitucionales que pueden estar en contradicción, de forma ilegal cuando de forma voluntaria y consciente se irrespeta el debido proceso y las garantías básicas de este.

Podemos señalar que otra de las formas de poner a un individuo en indefensión constituye la falta de conocimiento del encargado de administrar justicia, lo cual hace que al interpretar las disposiciones normativas, lo haga conforme a su conocimiento, siendo este en muchos casos errado o limitado, lo que hace que el justiciable se vea impedido de ejercer su defensa, ya sea formulando alegaciones o pidiendo la práctica de determinadas diligencias tendientes a buscar una absolución de la imputación, o cuando al obtener un fallo, este no se basa en lo que determina el proceso y ley, sino en lo que el juez cree entender de la misma y de la valoración de la prueba de los hechos facticos obrantes del proceso.

La indefensión según nuestro entender, también puede producirse por factores externos al proceso, como cuando existen intereses políticos, o presiones de poder para sancionar al justiciable, a como dé lugar, irrespetando su garantía de ser juzgado por un juez independiente e imparcial y dentro de un juicio con todas las garantías.

Consideramos que el no poder costear los gastos de un defensor privado es en sí dejar en la indefensión al justiciable quien pese a que puede tener la asesoría y defensa pública, no va a tener a su defensor de confianza conforme es su derecho.

Lo cual coloca al investigado o procesado en desventaja frente al Fiscal acusador quien posee todos los medios para acusar, mientras que el justiciable debe buscar los medios para costear los gastos de su defensa privada especializada de confianza (abogado, perito, traductores, etc.), a fin de demostrar la no participación en los hechos delictuosos, y que una vez demostrado, dichos valores no los puede recobrar, viéndose perjudicado en

⁴¹ Teresa Armenta. *Estudios Sobre el Proceso Penal Acusatorio*, (Bogotá, Temis, 2014), 42.

su patrimonio, por un acto Estatal sin fundamento sea por sí o por denuncia particular, por lo que parte del ejercicio del derecho a la defensa debe ser el hecho de que si no existe mérito claro y fundado, con fundamento para la imputación, el estado se abstenga de iniciar una investigación o un proceso.

Debo manifestar que indefensión también, constituye el hecho de que el juez de garantías, no vele por el recto ejercicio del defensor del justiciable y no toma reparo ante una deficiente defensa técnica, además de controlar que, el deber del ente estatal acusador no solo es acusar, sino buscar y verificar los hechos de exculpación, así no se lo haya requerido.

El hecho de la aplicación de la prisión preventiva, en vez de aplicar medidas sustitutivas que garanticen la comparecencia del procesado a juicio, para mí también constituye indefensión pues no se garantiza que el procesado pueda defenderse en igualdad de armas de la imputación fiscal.

Finalmente debo señalar que el principio de igualdad, reclama que el fiscal debe ser un buen investigador, por tanto, no solo debe buscar los elementos de cargo sino de descargo, más aún sabido como es, que, en nuestro sistema penal acusatorio, es el fiscal quien debe destruir la presunción de inocencia del justiciable; y, no éste demostrar su inculpabilidad. Pues la carga de la prueba la tiene el Estado.

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

Para nosotros este es un elemento sustancial para el ejercicio del derecho a la defensa, el poder contar con todos los medios y con el tiempo para ejercer la defensa, lo cual generalmente en las audiencias de flagrancia no ocurre, toda vez que ni siquiera se tiene acceso a un defensor de confianza de forma inmediata, peor aún se cuenta con la posibilidad de obtener los medios adecuados para ejercer la defensa técnica a fin de evitar la imputación penal y el inicio de un proceso en su contra.

La celebración de la audiencia dentro de las veinticuatro horas y la dificultad de comunicarse con su abogado por situaciones meramente administrativas, impiden que el justiciable pueda obtener medios exculpatorios, a fin de evitar la imputación en su contra,

pues la tardía comunicación con su abogado de confianza y el impedimento realizado por fiscales y jueces por su desconocimiento del contenido y alcance del ejercicio del derecho a la defensa, hace que no se validen las peticiones de realización de diligencias urgentes a fin de obtener indicios de descargo antes de la realización de la audiencia de flagrancia, como pueden ser la obtención de grabaciones de audio y video, la petición de declaraciones, la practica pericial, entre otras.

No se puede establecer cuál es el tiempo idóneo que se debe otorgar para preparar la defensa en cada caso, pero como sabemos, uno de los aspectos más cuestionados de la detención en flagrancia es la premura con la que los fiscales deben acusar y los jueces deben resolver iniciar o no el proceso, y si ordenar una medida de aseguramiento o no, que generalmente siempre se la dicta. Si bien es cierto que se ha enfatizado en la aplicación de la garantía de la celeridad, que manda, a que no exista un proceso con dilaciones indebidas, pero ese efficientismo, ordena también que los plazos no sean excesivamente cortos que no permitan una defensa técnica adecuada, ya que ante la premura es poco probable que pueda articular una estrategia de acopio de información defensiva, por lo que el Fiscal y el Juez tienen la obligación de asegurar que el procesado y su abogado defensor puedan conocer y recolectar toda la información requerida para la preparación de su defensa, esto en aplicación del principio de igualdad de armas, para contradecir la imputación en la audiencia de flagrancia, audiencia que se celebra en un tiempo corto, ponderando el principio de celeridad por encima del derecho a la defensa.

Es así que no se permite la práctica de obtención de grabaciones en la vía pública o en establecimientos privados, en donde se encuentran registrados. Los hechos que van a ser objeto de investigación, y, en pocos casos cuando se admite, la práctica de dichas diligencias, se las hace de forma tardía, y no se requiere por parte del juez, la entrega inmediata con la advertencia de que es obligatoria so pena de caer en desacato, por lo que, al celebrarse la audiencia de flagrancia, no se cuentan con dichos medios, para proceder a ser valorados y tener elementos claros y suficientes o no para iniciar el proceso.

Lo que insta a que el justiciable sea procesado mientras se realizan las investigaciones, y que al ser un delito flagrante generalmente se ordena su prisión preventiva, a pesar de ser excepcional, bajo la “premisa” de que, al ser un delito flagrante,

este se reviste de cierto y de culpable. Una vez que se obtiene dichos videos se observa la no participación del justiciable en los mismos, pero ya para ello se ha iniciado un proceso en su contra y ha guardado detención, lo cual causa un gravamen irreparable. Por lo que, a fin de evitar un daño personal y patrimonial, se debe aplicar de forma correcta este elemento constitutivo del ejercicio del derecho a la defensa de contar con el tiempo y los medios adecuados, sin limitación alguna.

Dentro de los medios adecuados se ha de entender no solo los que puede obtener el justiciable para el ejercicio de su defensa de los hechos procesados por quien lo detiene en delito flagrante, sino los que tiene el fiscal para proceder con la imputación formal y el juez para proceder a enjuiciar, pues ha de valorar cómo y por qué medio llega a su conocimiento la noticia criminal, que generalmente es a través de un parte policial o una denuncia, se ha de verificar que los hechos denunciados tengan la apariencia clara y suficiente de ser un delito y que el aprehendido es responsable de los mismos, de lo contrario debe evitar su enjuiciamiento en flagrancia y más aún su detención provisional.

No en pocos casos, se ha tenido que, se ha procedido a detener a individuos que, por creencias de un policía, ha estado cometiendo un delito, elaborando un parte en el cual se califica por parte del policía cual es delito que se está cometiendo y en base a eso se le acusa y se le enjuicia, como si un parte policial fuera un elemento claro y suficiente para procesar a alguien, y como si un policía podría calificar el delito cometido.

Es así que en una ocasión de forma paralela se dan dos hechos diferentes, en el un caso se detiene a un individuo chofer de un taxi pirata quien contratado por una abogada fueron a realizar un lanzamiento, para lo cual habrían recogido a un cerrajero. Por otro lado un anciano de 82 años de edad se dirigía en el sector sur de esta ciudad de Quito, a una entidad bancaria, a retirar la cantidad de seis dólares para el almuerzo de él y de su cónyuge, en el primer caso cuando ya se encontraban descerrajadas las cerraduras y se encontraban haciendo el lanzamiento de los bienes muebles, llega un patrullero y solicita los documentos y la presencia del depositario judicial, a lo cual la abogada señala que se encuentra sentado en el vehículo, por lo que los policías se dirigen hacia él, lo que es aprovechado por ésta profesional del derecho, para huir, al percatarse de esto y ante la falta de la principal responsable de dicho acto se detiene al conductor del taxi, al cerrajero y a los cargadores que habían llegado luego; mientras que en el segundo caso el anciano,

quien, al bajarse del bus de forma accidental rosa la pelvis de una menor de edad de 17 años, la misma que lo acusa de haberle manoseado.

En los dos casos se elabora un parte policial, y se los detiene, se pone a órdenes del fiscal y del juez; y, sin contar con el tiempo suficiente, ni poder practicar las respectivas diligencias que evidencia su actuación no dolosa en el cometimiento de los delitos que se les imputa, se procede a acusarles, enjuiciarles y detenerles provisionalmente, con aplicación del código de procedimiento penal vigente con anterioridad, por el plazo de 30 días que duraría la instrucción fiscal, en el primer caso, es acusado de usurpación de funciones; y, en el segundo caso de atentado al pudor; a los 15 y 18 días respectivamente, llegan las grabaciones del ECU 911, en donde se ve claramente que las acciones realizadas por los procesados a esa fecha, no constituían delito, al solicitar al Fiscal la libertad se señala por parte de estos que hay que esperar que se cumplan los 30 días que dura la instrucción, para de forma posterior solicitar la realización de la audiencia de juicio y si no hay otros elementos abstenerse de acusar.

Para que se de dicha audiencia de juicio, pasaron 48 y 56 días respectivamente, y hasta que se dicte la excarcelación pasaron 50 y 57 días, de una acusación sin fundamento, de un juicio infundado y de una detención con apariencia legal, pero, arbitraria.

A fin de evitar que inocentes se mantengan procesados injustamente, y privados de su libertad, es que, se debe aplicar con suficiente criterio y amplitud sin restricción, la facultad que tiene el justiciable de poder contar con el tiempo debido y los medios adecuados para ejercer su defensa y así evitar una temprana imputación.

Lo primero que debe proveer el estado, apenas es detenido un individuo es un abogado defensor público, que mientras hace contacto con el defensor privado, pueda actuar, solicitando la práctica de diligencias que le sean favorables a su defendido, lo que de igual forma debe hacer el Fiscal, esto es buscar los indicios de cargo, así como de descargo, de forma inmediata para tener claro si formula o no directamente una imputación; así como el promover el contacto inmediato y privado del aprehendido con el defensor de su confianza sea público o privado.

Todo esto subsanable mediante la escogencia real, imparcial y recta de los administradores de justicia que opten por dichos cargos mediante un transparente y no amañado, concurso de méritos y oposición.

Hemos dejado en líneas anteriores sentado lo que para nosotros constituye el derecho a contar con el tiempo oportuno y los medios adecuados para ejercer la defensa, considerando además que parte de los medios adecuados para el ejercicio de este derecho, es que los fiscales así como los jueces de primer nivel tengan amplio conocimiento de derecho y garantías constitucionales, pues constituyen un valioso e imprescindible filtro para evitar que inocentes sean procesados, así como evitar costes al estado Ecuatoriano al tramitar los procesos en contra de éstos, y así evitar el represamiento de procesos en las judicaturas.

A este respecto la Corte Constitucional de Colombia⁴² en su sentencia C-371/11 señaló:

El Comité de Derechos Humanos sobre el particular señaló:

“El derecho de una persona acusada a disponer del tiempo y de los medios suficientes para la preparación de su defensa es un aspecto importante del principio de igualdad de armas. Cuando cabe la posibilidad de condena a la pena capital, hay que dar al acusado y a su defensor tiempo suficiente para preparar la defensa. Para determinar lo que constituye “tiempo suficiente” hay que evaluar las circunstancias particulares de cada caso”.

Aunque no existe un parámetro definido para establecer la suficiencia del tiempo para la preparación de la defensa, las siguientes referencias a casos pueden dar una idea del criterio que ha orientado su protección. En el caso Reid, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el plazo de diez minutos era manifiestamente insuficiente para preparar la defensa de un evento de homicidio y que el juez debió advertirlo. En el caso Little, el Comité llegó a la misma conclusión, al constatar que el defensor se reunió con el acusado por primera vez media hora antes del juicio, en tanto que en el caso Smith, el defensor dispuso de cuatro horas para prepararse a fin de defender al acusado. En el caso Phillip, el defensor fue nombrado un viernes para representar al acusado en un juicio oral el lunes, la defensora carecía de experiencia y la conducta acusada era sancionada con pena de muerte.

⁴² Corte constitucional de Colombia, Sentencia C-371/11, <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-371-11.htm>, fecha de consulta 26/10/2016.

En cuanto el derecho a los medios adecuados para la preparación de la defensa la Observación General No. 13 del Comité de Derechos Humanos ha señalado que la preservación de esta garantía incluye el derecho de “acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa”.

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

Consiste en la primera manifestación del litigante, que se concreta a expresar todo lo que desee en defensa de su derecho, por ello, en el procedimiento, se debe disponer de las posibilidades suficientes para dichas alegaciones, siendo limitado únicamente por las respectivas etapas procesales que busquen evitar el alargamiento innecesario de la prosecución de la causa de forma indebida⁴³.

Dicha garantía se encuentra contemplada en varios instrumentos de derechos humanos, específicamente en los Arts. 14 n°1 del PIDCP; 8 n°1 de la CADH, 10 DUDH que respectivamente señalan:

ARTICULO 14 No. 1 PIDCP. - Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

ARTICULO 8 No. 1 CADH. - Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,.....

Artículo 10 DUDH. - Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones.....

El primer derecho del sujeto pasivo de la instrucción penal, es el poder acceder al proceso a fin de ser oído, por un tribunal independiente⁴⁴, El derecho a ser oído consiste en las posibilidades ciertas y efectivas que tiene una persona para plantear sus pretensiones al Estado y particularmente ante los jueces⁴⁵,

⁴³ Jordi Nieva fenol, *Derecho Procesal I, Introducción*, (Madrid, Marcial Pons, 2014,150.

⁴⁴ Sendra, *Derecho Procesal Penal*, 261

⁴⁵ Osvaldo Gozaini, *El Debido Proceso*, (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni-2004), 141.

Por tanto, decimos que el derecho a ser oído se configura en el contenido básico de la garantía de la defensa, consiste en la posibilidad del procesado de intervenir en contra de la investigación o proceso iniciado en su contra, para con la aportación de información ser excluido de forma temprana de la persecución, o para influir sobre la decisión a ser tomada, mediante la aportación de prueba, o contradicción de la que se ofrezca en su contra, con el fin de desvirtuar la acusación.

Puede concurrir al proceso, ya sea personalmente o por medio de defensor, desarrollando actividades idóneas como solicitar diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones, realizar planteamientos y alegaciones que considere oportunos, la posibilidad de declarar o abstenerse de hacerlo como medio de defensa, para obtener un pronunciamiento a su favor, sobre una sentencia que le pueda ser perjudicial.

Pero el ser oído, no consiste solo en el hecho de poder asistir al proceso, formular peticiones y poder alegar, sino que efectivamente esas alegaciones sean acogidas y valoradas por la autoridad estatal, y, que, si las mismas son desechadas, que sea de forma motivada, a fin de tener pleno conocimiento de porque han sido rechazadas, y, ejercer el derecho de recurrir.

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

Para nosotros a través de este principio se busca evitar que los ciudadanos podamos ser procesados por tribunales de excepción, que las actuaciones que se erigen en nuestra contra puedan ser conocidas para ejercer el derecho a la defensa, y que las actuaciones de los jueces sean públicas a fin de que la sociedad pueda determinar si sus actuaciones son apegadas a la ley, o al margen de ésta.

La publicidad es una característica de los procedimientos modernos, que ha superado al secreto de los procedimientos inquisitivos, que llego al extremo de guardar secreto incluso frente al procesado, sobre los actos y actuaciones que en su contra se

desarrollaban frente al proceso, lo cual cambio con la publicidad, que garantiza un efectivo control de la administración de justicia por parte de la comunidad⁴⁶.

La publicidad equivale a la posibilidad de percepción de las actuaciones verificadas por y ante el tribunal por personas que no forman parte del mismo. En ese sentido estamos convencidos que representa la garantía más idónea para que un proceso se lleve a cabo acorde con las Normas Internacionales de Derechos Humanos y Constitución Política del Estado que velan por un debido proceso⁴⁷.

La garantía de acceso a la información judicial se ha estudiado como un simple principio de procedimiento bajo el rotulo de publicidad, que es sin duda una forma de celebrar el proceso que se opone al secreto de las actuaciones, lo cual constituye una garantía importante para el ejercicio del derecho a la defensa, puesto que sin publicidad el litigante queda sin poder conocer los datos del proceso, por lo que no puede conocer sobre los hechos por los que se le va a juzgar⁴⁸

Vázquez Rosi⁴⁹ manifiesta sobre la publicidad lo que sigue:

Entendida tanto en lo que respecta al conocimiento sobre lo que acontece y se ventila ante el estrado judicial, como en lo que refiere a la intervención y control popular. Los argumentos y acreditaciones de las partes se dirigen no sólo a quienes ejercen específicamente la función juzgadora, sino a todos los asistentes que se convierten así en testigos de la regularidad del procedimiento y de la decisión.

La finalidad del principio de publicidad es proteger a las partes de un juicio sustraído del control público, y mantener la confianza de la comunidad en los tribunales, señalando además que este principio no es absoluto e ilimitado, ya que este principio puede conocer excepciones que deben estar siempre autorizados en la ley, y toda restricción a este principio debe ser debidamente motivado.⁵⁰

Por tanto considero que, la justicia no debe ser secreta, no se debe evitar que el justiciable conozca de la imputación ni de los actos y actuaciones que constan del proceso,

⁴⁶ V. Cubas, *El Nuevo*....., 124.

⁴⁷ J. Neyra, *Manual del*....., 351.

⁴⁸ J. Nieva, *Derecho*....., 143.

⁴⁹ J. Vaquez, *La Defensa*.....,

⁵⁰ J. Pico, *Las Garantías*....., 140, 141.

ni existir sentencias que carezcan de antecedentes y motivación, pues la sociedad en su conjunto debe conocer la forma de administrar justicia por parte de los jueces, para que exista confianza en éstos, y esto no se legitima con la sola posibilidad que el procesado tenga acceso al proceso, sino en la forma como este se lleva, y en la forma como se resuelve, dando la justificación suficiente y razonada de porque se ha tomada una resolución y que la misma pueda ser conocida por la sociedad a fin de tener conocimiento de cómo se ha actuado en un determinado caso, y cuales han sido las motivaciones que ha llevado a resolverlo como se lo ha hecho

El hecho de que este principio no sea absoluto e ilimitado, atiende, a la necesidad de proteger la intimidad, el honor o la seguridad, a fin de evitar, la divulgación de un secreto protegido o revictimisar, a quien participa en juicio, lo que generalmente ocurre en posesos de seguridad nacional o de abuso sexual, por ejemplo.

El principio de publicidad en si busca que se emitan resoluciones motivadas, y que las mismas sean accesibles a las partes y a la sociedad, a fin de verificar la razonabilidad, imparcialidad y transparencia del emisor, y sea objeto de control externo de la actividad judicial.

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

Respecto de este elemento del derecho a la defensa, debemos señalar que lo que se busca a través de él, es que el procesado pueda contar con todas las garantías para ejercer su defensa, que evite su autoincriminación, a fin de que su versión sea recogida sin presiones ni injerencias de ninguna clase, que se evite la tortura, los malos tratos, las confesiones hechas bajo coacción, y, que la misma no sea manipulada y se recoja respetando sus derechos, única y exclusivamente lo que realmente ha dicho.

Por lo tanto, la primera acción de todo funcionario, que requiera información de cualquier particular, es comunicarle su derecho a ser asistido por un abogado y el de guardar silencio, sea cual fuere el procedimiento en el cual ha sido requerido.

La presencia del abogado particular permite que el acusado pueda contestar adecuadamente sobre lo que se le pregunta, pudiendo hacerlo abstenerse de forma completa o de forma selectiva, manifestando lo que a su derecho le convenga, y negándose a contestar las preguntas de fiscalía y de la parte acusadora si ya estuviere en juicio.

Por tanto, diremos, que la presencia del abogado al momento de ser interrogado busca que se respeten los derechos de quien está siendo sometido a interrogatorio, evitando que para la obtención de información se recurra por parte del estado a mecanismos, ilegales.

Fleming⁵¹ señala que solo un precepto que consagra una exigencia de tales características, hace respetar el carácter inescindible de los ya referidos aspectos materiales y técnicos del derecho a la defensa, lo que implica que no se puede sostener por parte del estado, que ha precedido el consentimiento libre y voluntario para otorgar regularidad al acto, pues la violación de dicha garantía constitucional, implica la nulidad del mismo.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

He de señalar que, este principio está orientado a que el justiciable pueda tener conocimiento de la investigación o imputación que se le hace, en su lengua materna, a fin de que la comprensión de los cargos que se le imputan, sea clara, a fin de que pueda desarrollar con eficacia su defensa.

Pico i Junoy dice que:

“El derecho al intérprete está dirigido a garantizar la adecuada defensa pues solo quien conoce los motivos por los que se le demanda está en condiciones de articular su estrategia defensiva con las garantías debidas”⁵².

⁵¹ Abel Fleming – Pablo López, *Garantías del Procesado*, (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni-2008), 303, 304

⁵² J. Pico, *Las Garantías.....*, 123.

Y esa misma orden de ideas señala, que la vigencia de este derecho alcanza no solo a los extranjeros, sino también a los nacionales que no conozcan suficientemente el castellano.

Es por ello que en nuestro país, el Ecuador, al reconocer como lengua la de la nacionalidad respectiva con total respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades y el castellano como idioma de relación intercultural, en la constitución, se ha señalado que se hará conocer de la acusación en su lengua madre, e incluso considero que, si un nativo habla y entiende bien el castellano, él puede solicitar que se le provea de un traductor para que se le comunique de la acusación en su lengua materna.

Pues, el proceso judicial es una forma de comunicación humana, y por ello adquiere el lenguaje una mayor importancia, a fin de entender los cargos que se están formulando, por tanto el hecho de contar con un traductor, se muestra como una garantía autónoma directamente operativa e indispensable para el debido proceso⁵³.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

Este derecho comprende la posibilidad que el procesado designe un letrado de su confianza y, si no lo tiene o no puede tenerlo, a que se solicite por el ministerio público o se decrete de oficio por el tribunal la designación de un defensor penal público en los términos de la ley respectiva⁵⁴.

La finalidad de este principio es garantizar que las partes puedan ejercer sus derechos e intereses jurídicos y defenderse debidamente de la parte contraria; y, asegurar la efectiva realización del principio de igualdad entre las partes y de contradicción de forma técnica⁵⁵.

A decir nuestro, una vez conocido la *notitia criminis*, se hace necesario el poder contar con un abogado defensor de confianza, a fin de que este ejerza en su favor, la defensa técnica, quien, al ser conocedor de la ley y del proceso, participe en los actos

⁵³ Eduardo Jauchen, *Derechos del procesado*, (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni-2007), 481

⁵⁴ M. Horvitz, *Derecho Proce.....*, 241.

⁵⁵ *Ibid*, 126.

procesales, controlando la legalidad del procedimiento, interprete y controle de forma directa la producción de prueba sea de cargo o de descargo, y alegue en derecho, conforme le sea favorable a su defendido.

Vázquez Rossi⁵⁶ respecto del significado de la designación de un abogado de confianza recoge lo que sigue:

Como señala Ossorio y Florit, "cuando una persona necesita el asesoramiento o la defensa de un letrado y elige al que más le agrada entre los abogados que ejercen la profesión, no hay duda de que le otorga una confianza personal". En similar forma, este elemento es destacado por Clariá Olmedo, quien considera que esa confianza es un contenido de vinculación personal entre defensor e procesado. Después de analizar la peculiaridad de esta relación, concluye afirmando que lo que debe dejarse bien sentado "es la función de garantía judicial que cumple la designación del defensor, como consecuencia de la previa elección del procesado.

La comunicación ha de ser libre, exenta de, cualquier dificultad, obstáculo o constreñimiento que dificulte el dialogo entre procesado y abogado, también debe ser privada, sea, está en persona, por correspondencia o telefónica⁵⁷, es sabido que el tiempo conspira contra la adquisición de la prueba⁵⁸, solo el procesado conoce de los hechos; y, el objeto de la comunicación con su defensor es ejercer su defensa, que al ser descubierta, corre en desventaja de la acusación.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

La base esencial del derecho a defenderse consiste en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la acusación, lo que incluye evitar la consecuencia jurídica posible o aminorarla, el desarrollo de estas posibilidades es lo que se conoce como derecho de contradicción⁵⁹.

El derecho de contradicción se concreta en la posibilidad de rebatir las alegaciones y las pruebas de la parte contraria,⁶⁰ consiste en el reciproco control de la actividad

⁵⁶ J. Vázquez, *La Defensa*....., 167

⁵⁷ E. Jauchen, *Derechos*, 423

⁵⁸ A. Fleming, *Garantías*, 301

⁵⁹ J. Maier, *Derecho*....., 552

⁶⁰ J. Nieva, *Derecho*, 151

procesal y la oposición de argumentos y razones entre los contendientes sobre las diversas cuestiones introducidas al proceso⁶¹.

La contradicción exige: 1. La imputación, 2. La intimación; y, 3. El derecho de audiencia. Para que el procesado pueda defenderse es imprescindible la imputación, la cual importa una relación clara, precisa, y circunstanciada de un delito formulada por el Ministerio Público⁶², a esto le agregaríamos el derecho de probar y controlar la prueba.

Por su parte Vélez Mariconde sobre la contradicción señala:

La necesidad de que en el proceso impere la contradicción vale decir que las partes tengan:

- a) Oportunidad de ser oídas por el Tribunal durante el proceso; especialmente antes de la decisión jurisdiccional capaz de afectar sus intereses;
- b) Posibilidad de provocar el ingreso al proceso de las pruebas pertinentes y útiles;
- c) Posibilidad de controlar la actividad judicial o de la parte contraria;
- d) Posibilidad de refutar los argumentos que puedan afectarlas, o sea, los que tiendan a demostrar su culpabilidad (si es procesado), o la falta de derecho a reclamar la indemnización que persigue (el actor civil), o su responsabilidad civil (demandado civil).

Por lo antes señalado debemos indicar que el derecho a presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que la parte acusada se crea asistida consiste en el hecho cierto de poder desvirtuar las acusaciones que en su contra se adelantan, pero el hecho de poder alegar, no consiste solo, en el hecho, de asistir al proceso y presentar mediante escritos o de forma oral, alegaciones, sino en ser escuchadas y valoradas por el fiscal y el juez en la audiencia de flagrancia, de nada serviría si estos hacen caso omiso a las peticiones realizadas por las partes y no proceden a valorar la pertinencia de las mismas.

El objeto de poder contradecir la imputación, es evitar una persecución penal injusta, o agravatoria, replicando los argumentos de las otras partes, tanto de la acusación fiscal, como particular; presentando indicios o pruebas de descargo que ratifiquen el estado de inocencia, una causa de justificación o atenuantes; y así, contradecir las que se presenten en su contra a fin de llegar a la verdad material.

⁶¹ V. Cubas, *El Nuevo...*, 40

⁶² Cesar San Martín, *Derecho Procesal Penal*, (Lima, Grijley, 2014), 109.

He allí la importancia de poder contradecir, que es el evitar una persecución penal infundada o una sentencia injusta.

Pero ha de quedar claro, que la contradicción también se la hace cuando se realiza una defensa pasiva, pues quien acusa, es quien debe destruir la presunción de inocencia; relevando por tanto al procesado de pronunciarse en cualquier sentido respecto de la acusación, y, el hecho de no presentar prueba, jamás puede entenderse como aceptación del cargo.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.

Para nosotros conocido como el principio *Non bis in ídem*, no dos veces por la misma causa, que busca evitar la persecución doble a un individuo por un mismo hecho a él imputable en un mismo ámbito.

Este principio se expresa en dos exigencias. La primera consiste en que no es posible aplicar doble sanción siempre que se aplique la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y la segunda exigencia se aplica en el concurso aparente de leyes, en el que, por un mismo delito, se puedan interponer dos penas, pues desde la perspectiva procesal, es un derecho constitucional que halla su fundamento en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo⁶³.

Non bis in ídem y cosa juzgada suelen ser asimilados, sin embargo ésta última no es más que una especie de aquel, que erigido como un medio de defensa, ante las actuaciones del estado, quien no puede indagar, investigar, acusar, juzgar, condenar ni imponer penas doble a un individuo, por acciones u omisiones equivalentes, tampoco es permitido tener dos conclusiones de un suceso, en contra de él mismo⁶⁴.

Esta garantía no se extiende a otra persona, que no ha sido perseguida, por ello la condena, la absolución o el sobreseimiento de un procesado no ampara a otro, ello indica que como garantía personal, el principio rige individualmente y no posee efecto extensivo; ello porque la garantía torna inviable una persecución penal ya ejercida,

⁶³ C. San Martín, *Derecho*....., 92.

⁶⁴ A. Pérez, *Los Principios*....., 180, 181.

concluida o en ejercicio, evitando los intentos repetidos para condenar a un mismo individuo⁶⁵.

El *Ne bis in idem* es material y procesal. El *Ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de proporcionalidad y legalidad, indicando que él primero se encuentra vinculado a la llamada "prohibición de exceso", esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto, lo que implica imponer una sanción no prevista en la ley; y, el segundo garantiza la seguridad jurídica debido a que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificadas previamente⁶⁶.

Desde una perspectiva material, el principio *ne bis in idem* presenta dos exigencias:

a) Triple identidad, es decir que la persecución penal recaiga sobre la misma persona que ya tiene un pronunciamiento final o que ya viene siendo perseguida, que se trate del mismo hecho punible, y; por último, que se trate del mismo motivo de persecución, es decir, la aplicación de una sanción; y, b) Concurso aparente de leyes, esta garantía, opera en la concurrencia entre leyes penales y cualquier otra clase de leyes sancionadoras, por la cual, se impide, la aplicación de varias normas que se refieren a una identidad de sujeto, hecho y fundamento, cuya virtud veda, en este caso, que una misma infracción pueda resultar doblemente sancionada. El *Ne bis in idem* procesal establece que una persona no puede ser perseguida penalmente más de una vez en forma sucesiva, ni tener contemporáneamente pendiente más de una persecución penal con relación al mismo hecho delictivo. *Ne bis in idem* procesal: sucesivo que quiere decir, que, si existe una sentencia consentida o ejecutoriada por un hecho, no se puede abrir un nuevo proceso por este mismo hecho⁶⁷.

De lo que advertimos que, nadie puede ser condenado por el mismo hecho delictivo por el que anteriormente fue sobreseído o absuelto, ni tampoco ser agravada por una nueva condena.

De esto podemos concluir que, para los órganos del estado, los mismos hechos no pueden existir y dejar de existir, por tanto, no pueden sancionar dos veces por la misma

⁶⁵ J. Maier, *Derecho*....., 605, 606.

⁶⁶ J. Neyra, *Manual*..... 180 ss.

⁶⁷ J. Neyra, *Manual*..... 180 ss.

causa en procedimientos distintos, así cambien su fundamento cuando existe identidad de sujeto, hecho y fundamento.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

Por regla general están obligados a declarar todas las personas que tienen conocimiento del hecho que se investiga. No hay exclusión de ninguna persona física como testigo en el proceso penal, por tanto, toda persona que conozca de un hecho sujeto a investigación debe comparecer, salvo las excepciones legales⁶⁸.

Pero en la práctica profesional que hemos desarrollado, dentro del plazo para la realización de la audiencia de calificación de flagrancia, ni por parte del juez ni del fiscal, existen la solicitud o disposición de que se recojan dichas declaraciones.

El objetivo de dicha disposición, es el conocimiento de la verdad, formal y material, dentro del proceso, el que se inicia con el objetivo de esclarecer un hecho ilícito, y quien es el responsable de dicho acto.

Por tanto, consideramos que el testigo debe estar presente en dicha audiencia, y además de presentarse, tiene la obligación de responder con la verdad, pero es necesario aclarar que habrá preguntas que pudieran acarrearle responsabilidad penal, por lo que dicho testigo puede abstenerse de contestarlas, tampoco estará obligado a comparecer cuando deba declarar en contra de su cónyuge o sus parientes o afines, salvo en los casos de violencia intrafamiliar. Tampoco podrán ser compelidos a declarar quienes por su arte u oficio deban guardar reserva de lo que conocen, como es el caso del abogado por su defendido.

E perito mediante sus conocimientos profesionales, ayuda en la estimación de una cuestión probatoria, informa los principios generales fundados en la experiencia –los resultados de su ciencia-, comprueba hechos que únicamente pueden ser observados y comprendidos por conocimientos profesionales especiales, extrae conclusiones de los

⁶⁸ V. Cubas, *El Nuevo.....*, 343

hechos que únicamente pueden ser averiguados en virtud de sus conocimientos profesionales, conforme a reglas científicas⁶⁹.

El perito tiene el deber de comparecer al proceso para someter a contradicción el dictamen. La contradicción del dictamen pericial forma parte del derecho a la defensa y de contradicción, el perito no puede sustraerse a este trámite de interesarse por las partes o por el juez⁷⁰

En base a lo anteriormente mencionado diremos que la necesidad de la comparecencia del testigo o testigo perito a la audiencia de flagrancia, viene dada en función de la existencia o no de indicios de cargo, y la necesidad de hacer efectivo el derecho a la defensa del procesado, al existir hechos de relevancia, es necesario determinar si los mismos constituyen delitos y determinar quién o quienes han participado en ellos.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

Tradicionalmente el derecho a un juez imparcial -o principio de imparcialidad- había sido estudiado en relación con los instrumentos procesales que tenían por objeto impedir que un juez comprometido de alguna manera con las partes o el conflicto pudiera conocer válidamente de ella⁷¹.

La imparcialidad del órgano jurisdiccional forma parte de las garantías básicas del proceso, garantiza que el juez resolverá la causa sin ningún tipo de interés en el resultado del proceso, sea por una vinculación subjetiva, que refiere a que el juez no debe tener ningún tipo de interés con el resultado a que pueda llegar el proceso para alguna de las partes, o por alguna vinculación con los elementos de convicción del proceso que hayan formado en su interior un pre-juicio con respecto a la causa en concreto, o por una vinculación objetiva está referida a que el sistema judicial debe brindar las condiciones necesarias para evitar que el juez caiga en el vicio de la parcialidad, es decir, que las

⁶⁹ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2014), 238

⁷⁰ Xavier Abell LLuch, *Tratado pericial judicial*, (Madrid, La Ley, 2014) 68

⁷¹ M. Horvitz, *Derecho* ...,55.

normas que regulan su actuación deben de buscar que el juez no tenga prejuicios o favorezca a alguna parte sobre otra en base al contacto que ha tenido con la causa.⁷²

La independencia judicial es inteligible siempre en sentido negativo. Alude a que a todos y cada uno de los Juzgados y Tribunales les viene reservado constitucionalmente, el espacio competencial que no deben sobrepasar en el desarrollo funcional de la jurisdicción de la que están investidos, simultáneamente que ningún otro poder o autoridad, público o privado, puede inmiscuirse en dicho ámbito jurídico. La imparcialidad, se distingue de la independencia por cuanto aquella, es una exigencia que se predica y reclama de los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de la potestad de la que vienen investidos, es, imparcial en tanto en cuanto no sea arbitrario; es decir mientras aplique al conflicto ante él planteado, una norma preexistente decidiendo conforme a ella. Dicho de otra manera, el juez es imparcial en la medida en que aplica la voluntad general, la voluntad de todos formalmente promulgada como ley, fruto del procedimiento constitucionalmente establecido⁷³.

La noción de imparcialidad desde el punto de vista político-institucional se concreta en la división de poderes y en la independencia del judicial respecto de los restantes poderes estatales. Para que el órgano jurisdiccional pueda ejercer válidamente sus facultades no sólo debe encontrarse ante un caso que corresponde material y territorialmente a su ámbito de actuación, sino que además no debe encontrarse respecto de los involucrados en situaciones que comprometan su independencia e imparcialidad, en consecuencia, estos requisitos deben encontrarse presentes para garantizar la ecuanimidad sino también asegurar a las partes las condiciones de un juzgamiento del que estén ausentes motivos que funden sospecha en orden a que el tratamiento de las personas y cuestiones se encuentre de algún modo condicionado por afectos, circunstancias de interés, vinculaciones o actuaciones anteriores o concomitantes que influyan sobre las decisiones⁷⁴.

Por tanto diremos que el juez penal en el ámbito de sus funciones al conocer una causa y resolver la calificación de la flagrancia, debe despojarse de intereses propios, no

⁷² J. Neyra, *Nuevo.....*, 155 ss.

⁷³ Ernesto Pedraz Penalva, *Comentarios al Código Procesal Penal*, (El Salvador, Consejo nacional de la Judicatura, 2003), 101 ss.

⁷⁴ J. Vaquez, *Derecho.....*, 140 ss.

atender a los intereses de las partes, ni internos o externos, sino que debe resolver en base a los indicios claros e inequívocos que le son presentados por las partes, , sin que pueda ser influido por parte de autoridad estatal alguna, las partes o la sociedad, a fin de exista una recta aplicación de la ley alejada de factores internos y externos.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Nieva Fenoll⁷⁵ define al derecho a la motivación, de la siguiente manera:

El derecho a la motivación consiste en el derecho a la obtención de una resolución judicial que de por cumplida respuesta a lo solicitado por los litigantes. Ello obliga a que el juez tenga en cuenta las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas lo que supone que dicte un fallo congruente con esas alegaciones, razonándolo debidamente con las pruebas practicadas y con el ordenamiento jurídico. Por tanto, se trata de dos elementos: congruencia y razonabilidad.

El interés de motivar no solo obedece al interés por la protección directa de los derechos fundamentales, sino también, busca excluir la arbitrariedad en la aplicación del derecho vigente, posibilitar el control de la actividad jurisdiccional, lograr el convencimiento de las partes y los ciudadanos, acerca de la corrección y justicia de la actividad jurisdiccional⁷⁶.

No obstante este principio no es absoluto, el deber de motivación no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes tengan del juicio, basta con que consten los elementos y razones de juicio que permitan conocer los criterios jurídicos esenciales fundadores de una decisión y que ésta este apegada a derecho⁷⁷.

Señala que la doctrina constitucional española considera que no existe motivación de una resolución judicial, cuando concurren las siguientes circunstancias: (i) ante la

⁷⁵ J. Nieva, *Derecho*....., 156.

⁷⁶ J. Neyra, *Manual*....., 521.

⁷⁷ Belén Ureña, *Derechos Fundamentales Procesales*, (Pamplona, Aranzadi, 2014), 255.

carencia absoluta de motivación, (ii) cuando el razonamiento es arbitrario, irrazonable, o incurre en error manifiesto (iii) cuando se incumplen las exigencias de motivación reforzadas impuestas en determinados casos, (iv) si el juez no ha tenido en cuenta la ordenación constitucional y legal de los controles normativos.

Una ventaja de la motivación radica en que es una garantía que tiene el justiciable, frente al poder estatal, quien al ser controlado por el pueblo que exige, conocer las razones y fundamentos de toda decisión judicial y especialmente de una sentencia definitiva, que supone crear una garantía procesal que se destina a varios frentes: a) Como deber de los jueces al resolver; b) como control de las partes sobre la justificación de las providencias y decretos; c) como criterio de fiscalización en el cumplimiento de la ley; d) como salvaguarda para la independencia judicial, y e) como principio orientador sobre las formas procesales que toda sentencia debe contener⁷⁸.

De lo anteriormente transcrito concluimos que las resoluciones judiciales deben estar debidamente motivadas a fin de que no puedan ser reputadas como arbitrarias o irrazonadas, no debe reducirse a fórmulas, o formatos ya establecidos y utilizados en otras causas, debe basarse sobre argumentos firmes, y racionales

Por tanto, las resoluciones judiciales estarán debidamente motivadas, cuando se ha realizado un juicio lógico entre los hechos controvertidos y los hechos probados, se ha enunciado la norma aplicable al caso en concreto, y de forma razonada se ha explicado la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, a fin de que las partes conozcan cómo se ha llegado a esa conclusión. Es así que, en la calificación de la flagrancia y la decisión de dar inicio al proceso, debe estar debidamente motivado, en la norma aplicable al caso en concreto, la misma que debe tener relación con elementos claros y precisos que hagan presumir la existencia de un delito y de la responsabilidad de quien se procesa

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

El derecho al recurso es una garantía esencial para comprobar la legalidad del proceso, o lo que es lo mismo, para constatar si efectivamente existió el debido proceso

⁷⁸ O. Gozaini, *El debido.....*, 425,426.

legal, como también para que otros magistrados revisen y analicen las decisiones que le causaron estado al procesado⁷⁹.

Este derecho toma mayor relevancia en el derecho penal, donde se discute el bien más preciado, la libertad. Las sentencias erróneas, después de finalizado su pronunciamiento no pueden ser rectificadas por el tribunal que las dictó⁸⁰, para hacer posible la corrección de tales decisiones y obstáculos, la práctica procesal ha creado una serie de trámites o causales de reclamación, a través de los cuales las partes pueden manifestar su inconformidad con todos los actos y situaciones procesales que les impidan llegar a lo que a su juicio es la verdad⁸¹.

La impugnación está sometida a ciertos presupuestos subjetivos y objetivos, así el primero tiene que ver con el agravio sufrido por el recurrente, y el carácter de parte en el proceso, y los segundos se refieren al acto impugnatorio, y, su formalidad para la interposición.⁸²

El derecho al recurso está exclusivamente reservada para el procesado contra quien se ha dictado una sentencia condenatoria o bien a pesar de ser absuelto se le ha ordenado cumplir una medida de seguridad o corrección⁸³.

La facultad de recurrir, para mí, se constituye en una garantía básica, que busca la proscripción de la arbitrariedad, y con ello, la protección que tiene el procesado a fin de dejar sin efecto resoluciones que afecten sus derechos.

Esto ha sido recogido por tratados internacionales de los cuales nuestro país es suscriptor de los mismos, por tanto, obligado a su cumplimiento, toda vez que son normas que conforman el bloque de constitucionalidad y al tratarse de tratados de derechos humanos son de inmediata aplicación incluso si mejoran derechos sobre la propia constitución, es así que la convención americana sobre derechos humanos establece en el art. 8.2.h que toda persona inculpada de un delito tiene derecho a recurrir el fallo ante el superior, por su parte el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos dispone en su

⁷⁹ Abel Cornejo, *Defensa Eficaz y control de convencionalidad*, (Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2016) 169

⁸⁰ C. Roxin, *Derecho*, 445

⁸¹ Eric Pérez, *Manual General de Derecho Procesal Penal*, (Bogotá, Editorial Ibáñez, 2015) 493

⁸² V. Cubas, *El Nuevo*, 599

⁸³ E. Jauchen, *Derechos*.... 451

artículo 14.5 que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derechos a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a revisión de un tribunal superior, esta garantía constitucional de la doble instancia, tiene mayor trascendencia en el derecho penal ya que busca hacer efectivo el derecho a la defensa.

Si bien es cierto que de acuerdo a la normativa contenida en el COIP respecto de los recursos, no se puede recurrir del inicio de un procedimiento en flagrancia, si se lo puede hacer la medida de prisión preventiva dictada en dicha audiencia; pero debemos señalar que para nosotros, parte del derecho a recurrir es el poder mostrar al juez que no existen indicios claros y suficientes del cometimiento del delito por parte del procesado, y que por tanto se revise, si la acusación fiscal cumple con los requisitos de ley para dar paso al inicio del proceso.

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

Considero que el conocimiento de la acusación, es fundamental para el ejercicio del derecho a la defensa, es ahí en donde inicia la planificación de la estrategia a seguir para defenderse de una acción planteada en su contra, con la posibilidad de contradecir dicha acusación, mediante alegaciones, y la solicitud de práctica de pruebas.

Esta información, debe ser dada en forma clara y de sencillo entendimiento, a fin de que sea comprendida por quien la recepta, pero sobre todo en su lengua madre, pues lo que se busca con ello es que entienda de que se lo acusa y de que es lo que se debe defender.

El lenguaje utilizado debe ser el natural de aquel en contra se ha iniciado acusación, pues él ha de entender cuál es el cargo que ha sido incoado en su contra, a fin de que pueda contradecirlo, sino sabe con claridad de que se lo acusa, no podrá ejercer su defensa de forma adecuada.

También deberá conocer, cual es la autoridad a la que debe someterse, a fin de que, ante ella, pueda realizar sus alegaciones y solicitar la práctica de las diligencias que crea necesarias en defensa de sus intereses, también es preciso que conozca cual es el

procedimiento en el cual debe ejercer su defensa, pues en él está establecido la forma y los plazos en los cuales ha de ejercerse la misma.

El no informar de forma adecuada sobre la acusación que recae sobre un determinado individuo, el no señalar cual es el procedimiento que se ha incoado en su contra, es violatorio del derecho a la defensa, pues no permite al sujeto pasivo de la acción, conocer que se lo acusa, quien lo acusa, y cuál es la autoridad que lleva a delante dicha acusación y cuál es el procedimiento.

En las audiencias de calificación de flagrancia es común que no se tenga la claridad, de cuál es el delito que se imputa, y del cual el justiciable va a ejercer su defensa, lo que implica una merma en la garantía de tener el pleno conocimiento de la acusación, lo cual limita el efectivo ejercicio del derecho a la defensa.

o) El derecho a ser informado de la imputación como garantía del derecho a la defensa. -

Iniciaremos señalando que este precepto constitucional tiene íntima relación con el señalado anteriormente; a través de él, se busca que quien enfrente una investigación o acusación en su contra, así como su defensor público o privado, puedan obtener la información recabada desde que se inicia cualquiera de las antes mencionadas, eliminándose de esta forma el carácter de reserva en relación a las partes. Esto es dable incluso desde la detención realizada en flagrancia, pues justamente lo que se busca es el pleno ejercicio del derecho a la defensa sin limitación alguna.

El derecho a ser informado de la imputación no solo se cumple con la comunicación de los cargos por parte del fiscal o de la policía, sino que esta se extiende a toda la información existente sobre el hecho que se investiga, incluso a aquella que sea contraria a la teoría del caso de la acusación, esto en cumplimiento de su deber de actuar con objetividad atento a lo señalado en el art. 5 No. 21 del COIP.⁸⁴

⁸⁴ Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.

El investigado debe saber, además, quiénes son las autoridades que dirigirán la investigación y el proceso, para poder a ellos realizar sus solicitudes, quejas u aportaciones. Este derecho busca el efectivo ejercicio, de su derecho, de no ser juzgado por un tribunal especial sino por uno determinado por la ley, imparcial, y que aplicara, leyes previamente establecidas.

p) Acogerse al silencio.

Durante la época de la inquisición la confesión era la prueba de eficacia suprema, la prueba por excelencia. Que en un inicio fue encubiertamente permitida por las autoridades, y luego llegó hasta legitimarse, la aplicación de diversos y atroces medios de tortura al acusado con el fin de arrancarle una confesión, en la que generalmente se sucumbía a pesar de toda inocencia, como consecuencia de las insostenibles sufrimientos físicos y psíquicos⁸⁵.

Frente a estos detestables procedimientos que perduraron durante siglos, se fue gestando entre los intelectuales una reacción frente a los mismos, basta citar parte de los agudos argumentos que con vehemencia clamó el célebre Beccaria expresando que “Una extraña consecuencia que se deriva necesariamente del uso de la tortura es que al inocente se lo coloca en peor situación que al culpable, pues, si a ambos se les aplica el tormento, el primero tiene todas las combinaciones contrarias; porque o confiesa el delito, y es condenado, o es declarado inocente, y ha sufrido una pena indebida. Pero el culpable tiene una posibilidad a su favor; pues, en efecto, cuando habiendo resistido con firmeza la tortura debe ser absuelto como inocente, ha cambiado una pena mayor por otra menor. Así pues, mientras el inocente no puede más que perder, el culpable puede ganar.”⁸⁶.

Con la revolución francesa haciendo eco de esas ideas se restauró al antiguo principio de que ninguna persona está obligada inculparse él mismo, lo que fue proyectado paulatinamente al resto de los países.

⁸⁵ E. Jauchen, *Derechos*, 180 - 206

⁸⁶ E. Jauchen, *Derechos*, 180 - 206

En el famoso caso Miranda, la corte de Estados Unidos especificó lo que podemos considerar el desarrollo histórico de este derecho como un tanteo para determinar el verdadero alcance del poder gubernamental sobre los ciudadanos.

A este respecto *Jauchen*, señala que, si bien todo procesado goza del derecho a negarse a declarar total o parcialmente, en el supuesto que lo haga libre y voluntariamente, lo que él manifieste haciéndolo en ejercicio de su defensa material no obsta a que sus expresiones sean fuente de prueba y valoradas por el tribunal como elementos tanto de descargo como de cargo al momento de decidir.

Por lo tanto, la necesaria comunicación previa sobre el derecho de abstenerse de efectuar cualquier manifestación en su contra necesita razonable y lógicamente la complementación de que el procesado conozca de forma fehaciente las consecuencias de sus actos, esto es, que todo lo que exprese puede eventualmente ser evaluada como elemento de cargo.

En tal sentido en el caso Miranda se determinó que la notificación de la existencia del derecho a permanecer silencioso debe estar acompañada por la explicación de que cualquier cosa dicha puede ser utilizada contra el individuo ante el tribunal.

Señala también que el silencio del procesado tiene así un amplio efecto, pues no sólo en las instrucciones al jurado y en el alegato fiscal se prohíben las diferencias en su contra de tal actitud, sino que, además, están vedadas las inferencias incriminatorias derivadas de su silencio en el momento de formular preguntas al procesado; en tal sentido el contenido del interrogatorio no puede ser sugestivo apoyándose en esa circunstancia.

En cuanto a su alcance, señala que debe entenderse que la garantía constitucional enuncia un principio que importó un derecho de la persona más amplio de lo que algún sector de la doctrina y la jurisprudencia le otorgaban. El derecho a la no autoincriminación no se limita sólo al proceso penal, ni tampoco es necesario que ya se haya promovido uno. Por el contrario, la garantía tutela a todo habitante ante cualquier funcionario u organismo del poder ejecutivo, legislativo o judicial. Seguido frente a cualquiera de estas circunstancias la garantía se traduzca correctamente en el derecho de la persona incriminada a negarse a responder o no hacer comentario alguno, sin que esta actitud pueda perjudicarla ni siquiera como una presunción en su contra

En otros términos, ningún habitante está obligado por la ley, ni puede ser obligado por ninguna autoridad o particular a suministrar involuntariamente información que lo incrimine penalmente, o que le desfavorezca.

El concepto de información, abarca, tanto a las manifestaciones con sólidas explicaciones, datos o cosas que lo incrimine o de datos o cosas que conduzcan al conocimiento o descubrimiento de la información datos o cosas que lo incrimine.

La tutela también obedece al propósito de evitar doblegar violenta o engañosamente la voluntad.

Continúa diciendo que, según el texto constitucional el concepto de declarar debe ser entendido como cualquier clase de manifestación por la cual se exprese verbalmente por escrito o cualquier otro modo susceptible de poder ser interpretada.

En este sentido dice, que el procesado es un órgano de prueba y en consecuencia no puede ser obligado a expresarse, no acontece lo propio cuando se trata no ya de sus manifestaciones, sino, que él mismo físicamente con su cuerpo es la prueba en sí, o el portador de un elemento de prueba en estos casos no es sujeto de prueba, sino, objeto de prueba.

Finalmente señala que la violación a estas reglas conlleva la nulidad del acto defectuoso por tal razón dicha nulidad es de carácter general absoluto e insubsanable proyectando su invalidez a toda la prueba obtenida como consecuencia de tales manifestaciones, a todos los actos de procedimientos posteriores que dependan del mismo y de las resoluciones que se sustenten en dicho acto⁸⁷.

Al decir nuestro, el acogerse al derecho al silencio constituye un mecanismo de defensa que tiene el procesado y el cual no puede ser violentado de ninguna forma ni por ninguna autoridad, tampoco el optar por el silencio debe constituir como indicio de culpabilidad, el hecho de no manifestarse, no constituye que el procesado haya participado en el hecho que se investiga, ya que goza de la presunción de inocencia, la

⁸⁷ E. Jauchen, *Derechos*, 180 - 206

misma que debe ser destruida por la parte acusadora que es a quien le corresponde probar la culpabilidad, y no al procesado la demostración de su inocencia.

Expresado lo anteriormente anotado, debemos señalar que el acogerse al derecho al silencio, o el no manifestarse dentro de la audiencia de flagrancia a través de ningún medio, constituye un mecanismo de defensa, de la no participación en el hecho que se imputa y que se investiga. Por tanto, el acogerse al derecho al silencio jamás puede constituir indicio en contrario o ser valorada como indicio de culpabilidad, para en base a ello calificar la flagrancia y resolver el inicio del proceso, sino que este debe estar motivado por claros y suficientes indicios de que se ha cometido un delito y que el procesado ha participado de su ejecución.

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

En el ejercicio legítimo del derecho a la defensa tenemos el derecho a no declarar contra uno mismo y a guardar silencio sin que ello pueda ser usado en su contra, no se tiene la obligatoriedad de declarar la verdad, y, puede ocultar información, sólo él (procesado) determinara que sí y que no le interesa declarar; y, de esta manera puede ejercer su propia defensa, pues no se tiene los deberes del testigo, pues, el investigado tiene el poder sobre su propia declaración, y, está legalmente facultado a no colaborar con la acusación, sin que ello implique ninguna consecuencia negativa.

2.2 Contenido esencial del derecho a la defensa en el ámbito del proceso penal en la audiencia de flagrancia.

El derecho de defensa es un derecho casi omnicomprendivo. Describe la actuación de un litigante en un proceso en las mejores condiciones, a fin de que pueda, en sentido genérico, hablar a favor de su derecho. Por ello, supone una pluralidad de garantías que contribuyen a dotar de contenido las posibilidades de actuación de un litigante.⁸⁸

CLARIA OLMEDO señala en su obra de derecho procesal penal, que el derecho de defensa es sustancial. Su contenido es de resistencia a la amenaza que la persecución implica para la libertad, y tiende a eliminar sustancialmente acreditando la inocencia o cualquier circunstancia que excluya o atenué su responsabilidad penal, procesalmente tiende a la obtención de un fallo por

⁸⁸ Jordi Nieva Fenoll, *Derecho Procesal I, Introducción*, (Barcelona, Marcial Pons, 2014), 141.

un trámite legal o a impedir un trámite ilegal, su fuente, es el reconocimiento a la libertad individual, impuesta por la constitución y confirmada por todas las normas integradas que respetan esa fundamental garantía. Su ejercicio está regulado por las normas procesales a las que directamente se refiere la constitución, poniendo límites a las facultades legislativas provinciales. Su titular es cualquier habitante de la Nación en cuanto sujeto capaz de soportar las concesiones de una persecución penal, es decir, posible de una subordinación o estado de sometimiento ante una concreta pretensión de justicia penal.

Por tanto podemos señalar ante lo antes transcrito, que el contenido del ejercicio del derecho a la defensa en la audiencia de flagrancia, radica en evitar que de forma inmotivada, se inicie un procesamiento en flagrancia en nuestra contra, la misma que implica la amenaza a la libertad, ejercicio que tiende a eliminar dicha posibilidad de forma sustancial, acreditando la no participación en el hecho que se investiga, señalando la inexistencia o insuficiencia de indicios de cargo, poniendo en conocimiento del juez, cualquier circunstancia que excluya o atenué la responsabilidad penal.

2.3 Defensa material y defensa técnica

Nuestra constitución reconoce a este derecho de defensa como un derecho fundamental, y lo ha considerado como una garantía individual, está recogido, en el art. 76 No. 7⁸⁹.

⁸⁹ 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto. f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

2.3.1 Defensa Material.

La defensa material consiste en la actividad que el procesado puede desarrollar personal e indelegablemente haciéndose oír, proponer prueba o examinando las efectuadas o participando en los actos probatorios que se desarrollen, dado que el proceso mismo exige su efectiva intervención como presupuesto de validez⁹⁰.

Se realiza mediante manifestaciones que el procesado puede hacer en el proceso declarando cuantas veces quiera tanto en la investigación como en el juicio siempre que sus declaraciones sean pertinentes. Pero también puede abstenerse de declarar, de modo que, en ese caso, la defensa se efectúa por simple silencio. De aquí surge el concepto primario de que la declaración del procesado es un medio de defensa⁹¹.

Se ha distinguido la autodefensa de la defensa técnica o profesional así el autor Moreno Catena, citado por Carocca Pérez enseña que: “el derecho de defensa puede ejercitarse por una doble vía: a través de la autodefensa o mediante la intervención de abogado, por un defensor técnico.” Y, a su vez, el tribunal constitucional de España, refiriéndose a la autodefensa, señala que su raíz profunda “no es sino el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, en audiencia personal a la que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí mismo le corresponde”⁹².

Se la puede realizar bien por acción o por omisión de manera oral o por escrito con palabras o con gráficos o dibujos, por lo tanto, forman parte de la defensa material todas las manifestaciones, explicaciones o conductas directamente producidas por el procesado, encaminadas a refutar las imputaciones que de manera directa o indirecta se le hacen, dentro o fuera del proceso. Dicho en otras palabras, la defensa material en el proceso penal abarca tanto la negativa del procesado a pronunciarse sobre los hechos que se le atribuyen como todo tipo de declaraciones, explicaciones, hipótesis o sugerencias que emite respecto de ellos en cualquier estado o grado del enjuiciamiento⁹³.

⁹⁰ C. Chiara, *Derecho*, 93

⁹¹ Alfredo Vélez M., *Derecho procesal penal*, (Córdoba, Editorial Lerner, tomo II, 1986), 378

⁹² Raúl F. Cárdenas, *El Derecho de defensa en materia penal*, (México DF, Editorial Porrúa, 2009) 121

⁹³ E. Sarmiento, *Los Fundamentos*, 30

Se desarrolla con total independencia de que haya o no defensor distinto del propio encausado, pues el proceso existe por el procesado y para él, y es éste quien asume y sufre sus consecuencias, la defensa material es además personalísima pues cada procesado sólo puede ejercer actos de descargo con efectos jurídicamente vinculantes respecto de la participación que se le atribuye en los hechos procesados, y tiene su nicho ideal en las declaraciones que durante el proceso haga, pues éstas constituyen la oportunidad idónea para que aquél exponga su posición respecto de lo que se le enrostra⁹⁴.

La facultad de intervenir o ser oído en el proceso configura el contenido básico de la garantía de la defensa. Se encuentra contemplada específicamente en los artículos 14 numeral 1 del PIDCP, 8 No. 1 CADH, y consiste en la posibilidad concedida toda persona para participar en un proceso cuya sentencia le puede afectar. Es decir, permite desarrollar, durante todo el curso del proceso actividades de “persuasión idónea para obtener un pronunciamiento jurisdiccional en su favor”. Para esos efectos debe el interesado ser informado, tener conocimiento de la existencia del proceso o investigación⁹⁵.

Por tanto diremos que al ser el procesado quien mayor conocimiento tiene sobre los hechos que se investigan, él, es quien con mayor efectividad puede afrontar las acusaciones que se le realiza, pudiendo confrontar con la víctima, los testigos, los coprocesados, teniendo la capacidad incluso de interrogar, introducir objeciones, dar explicaciones, en la audiencia de flagrancia o en cualquier etapa del juicio, o en el desarrollo de la práctica de las diligencias ordenadas, así como tomar la palabra en los alegatos de apertura y cierre.

De lo antes dicho nos queda claro que dentro del ejercicio del derecho a una defensa material, comprende el derecho que tiene el procesado, antes o durante la audiencia de flagrancia, de que se le provea de la información necesaria; el derecho de intervención en el procedimiento; el derecho a la imputación necesaria; el derecho de acceso al expediente y a los medios de prueba; el derecho a probar el derecho a formular sus propias alegaciones; el derecho a no declarar (auto incriminarse) y mentir incluso; derecho a contar con los medios necesarios para preparar y organizar la defensa y el

⁹⁴ E. Sarmiento, *Los Fundamentos* ..., 30

⁹⁵ I. Toro, *El derecho*..., 164.

derecho a contar con un tiempo razonable; derecho a ser oído; derecho a contar con un traductor o intérprete; a la incóercibilidad; la prohibición de juzgamiento en ausencia; la correlación entre imputación y fallo; la prohibición de la reformatio in peius.

2.3.2 Defensa Técnica

En materia penal, la efectividad de la defensa se logra con el carácter técnico de esta. Por lo tanto, se garantiza que la persona esté asistida por un abogado y, además, debe observarse que efectivamente dicho defensor realiza actividades de defensa. Tales elementos son recogidos dentro de los factores funcionales del derecho de defensa⁹⁶.

Paralelamente a la defensa material, se adhiere como exigencia necesaria en el proceso penal la defensa técnica, que es la ejercida por abogado, quien debe desplegar una actividad científica encaminada a asesorar técnicamente al procesado sobre sus derechos y deberes; controlar la legalidad del procedimiento, el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo, la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de derecho; recurrir la sentencia condenatoria o la que imponga una medida de seguridad⁹⁷.

Una de las formas de propender a la equiparación de posiciones entre el acusado y acusador es, sin duda, el dirigir la defensa técnica en un presupuesto de la validez de procedimiento, en fin, de la sentencia⁹⁸.

Es por esto que puedo señalar que la defensa técnica busca asegurar que no existan desequilibrios y que prevalezca la igualdad entre las partes para que el contradictorio sea equitativo pues tanto el juez y el ministerio público son técnicos en derecho a diferencia del procesado, por eso la necesidad de tener a un abogado en la defensa técnica, para aquello la ley da la facultad al procesado de elegir a un abogado particular de su confianza, el momento de designarlo, la facultad de sustituirlo, en el caso de no designar un abogado el Estado le debe proporcionar un defensor, dentro de la defensa técnica también tenemos los derechos y facultades del defensor, renuncia y abandono de la defensa, defensa de varios procesados en un mismo proceso, y las sanciones.

⁹⁶ Jaime Bernal, *El proceso penal*, (Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2013) 685

⁹⁷ E, Jauchen, *Derechos*, 154-155

⁹⁸ J. Maier, *Derecho*, 583

El defensor técnico debe ser diestro, versado, serio y bien preparado, en el sentido de que sepa ciencias jurídicas, concretamente derecho penal, para que asuma de manera adecuada y con altura científica la protección del procesado, desde luego de acuerdo con sus conocimientos y con las estrategias tácticas que según su leal saber y entender quiero utilizar o poner en marcha. Por tanto, no basta que sea sólo un abogado titulado, para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria la perfecta igualdad de las partes, esto es que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación⁹⁹.

Pues debemos ser enfáticos en señalar que la falta de preparación o conocimiento de la defensa técnica conlleva una mala defensa penal, y esto puede darse por la nula o mala comunicación entre el defensor y su defendido, como ocurre en flagrancia, el defensor inconexo, redundante, con alegatos vacuos y generales, falta o error en el control de la imputación, la omisión de control o de impugnación de los fundamentos de la solicitud de prisión provisional, la omisión de solicitud de diligencias de investigación, el no uso de los recursos, consentimiento para que el procesado suscriba acuerdos desventajosos con la fiscalía o con la presunta víctima o la admisión infundada de los hechos, ausencia de allegamiento probatorio y de refutación de las pruebas de cargo, conformidad ante abusos de la autoridad instructora, error evidente en la elección de la tesis de defensa, inobservancia de los plazos para realizar las acciones defensivas, mal manejo de la actividad probatoria en el debate oral.

Para que una defensa técnica no acarree vicios de efectividad, requiere, inexorablemente un tiempo de preparación, lo que permitirá también trazar la estrategia definitiva, el escaso tiempo dado a los defensores, así como la notificación de que la sentencia sería emitida al día siguiente a aquel en que el abogado pudo acceder al expediente, ponían en toda duda la seriedad de la defensa y la volvían ilusoria, así se pronunció la corte interamericana de derechos humanos en el caso Castillo – Petruzzi, contra Perú¹⁰⁰.

⁹⁹ A. Pérez, *Los principios...*, 28

¹⁰⁰ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf, 27 de junio del 2018.

De lo que se infiere que una de las cuestiones básicas para el ejercicio de la defensa técnica es contar con el tiempo y con los medios adecuados para ejercer la defensa, lo cual debe ser observado por el juez de la causa.

En si debo señalar que la defensa técnica debe ser aquella que esté dotada de conocimiento y eficacia a fin de que cumpla su verdadera función, que es la de un asesoramiento efectivo para el procesado a fin de que éste pueda defenderse de la acusación incoado en su contra de la forma correcta.

CAPITULO III

3 Principio De Celeridad

3.1 Naturaleza Jurídica

Debo señalar que el principio de celeridad tiene indudable base constitucional que busca brindar un servicio de justicia rápido sin demoras, en un trámite sencillo que evite dilaciones y permita obtener una rápida resolución.

Este principio procesal que se encuentra consagrado en el art. 75¹⁰¹ y 169¹⁰² de nuestra constitución, va entrelazado con otros, como el de economía, preclusión, concentración, saneamiento, y los más modernos de máximo rendimiento y razonabilidad.

Jauchen¹⁰³ señala que el más alto tribunal Argentino declaró:

“Que esta corte ha dicho reiteradamente que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo procesado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporte el enjuiciamiento penal. Por lo tanto, es una necesidad lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero además -y esto es esencial- atento a que los valores que entran en juego en el juicio penal obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido de la dignidad del hombre, cuál es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a librarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal”.

¹⁰¹ Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

¹⁰² Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

¹⁰³ E. Jauchen, *Derechos*, 318

Se debe tomar en consideración que el proceso penal interviene sensiblemente en el ámbito de derechos de quien, probablemente, es procesado culpable injustamente y que la calidad de los medios de prueba disminuye con el transcurso del tiempo, existe un interés considerable en contar con una administración justa penal rápida¹⁰⁴.

Por tanto, el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable es un derecho subjetivo constitucional que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte en un procedimiento penal de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, y que se dirige frente a los órganos del poder judicial creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el *ius puniendi* o de reconocer en su caso reestablecer inmediatamente el derecho a la libertad.¹⁰⁵

3.2 Qué se entiende por “plazo razonable” en el proceso penal.

La interpretación de la corte interamericana de derechos humanos al inciso uno del artículo ocho de la convención americana sobre derechos humanos, sirvió de base en la sentencia STC 00618-2005-PHC-TC, la que enfatizó que derecho a un plazo razonable tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan durante largo tiempo bajo acusación y asegurar que su tramitación se realice prontamente. En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un límite temporal entre su inicio y fin, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, y, por tanto, no puede ser desconocido.¹⁰⁶

La duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, y en este punto, por lo tanto el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, no puede traducirse en un número de días, meses o años¹⁰⁷.

El proceso para ser debido tiene que sustanciarse en un tiempo determinado, lógico y plausible, porque de lo contrario pierde absolutamente su razón de ser como garantía esencial. Si un proceso se extiende más allá de lo razonable, la estigmatización social que sufre quien tiene una causa penal abierta resulta absolutamente irreparable. Asimismo, la imagen de la justicia también queda mellada, porque la celeridad no sólo es

¹⁰⁴ C. Roxin, *Derecho* ..., 116

¹⁰⁵ J. Neyra, *Manual* ..., 148

¹⁰⁶ José Nolasco, *El Juez Penal*, (Lima, ARA Editores, 2012), 63.

¹⁰⁷ E. Jauchen, *Derechos*..., 323,324

una obligación que debe primar en un adecuado servicio de justicia, sino que tiende a que la sociedad sepa realmente que sucedió, a que no pierda el hilo conductor entre el suceso que dio curso y origen al proceso, y sepa rápidamente si el inculpado fue culpable o inocente¹⁰⁸.

En el caso de la audiencia de flagrancia considero que no se cuenta con un plazo razonable para ejercer el derecho a la defensa, pues 24 horas son insuficientes para proceder a tener acceso al proceso, tener contacto con el procesado, preparar la defensa, contar con los medios adecuados, para evitar la iniciación del proceso lo cual violenta garantías básicas inherentes al ser humano como el hecho de que no se inicie una acción sin fundamento y se ordene su detención, es sabido que en nuestro país se inician de forma indiscriminada los procesos en flagrancia, terminando dichos procesamientos con sentencias absolutorias, luego de haber pasado el procesado varios meses detenido. Lo cual es irreparable tanto económica, moral, y anímicamente.

3.3 Alcances y finalidades.

Para nosotros el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, tiene la finalidad de evitar la irracionalidad del poder punitivo que ocurre cuando, la duración de los juicios penales se vincula con el problema de los presos sin condena, que causa un agravamiento de este trato inhumano, o, en el hecho de que pese sobre un individuo, una acción penal, sin que se determine de forma pronta su culpabilidad o inocencia.

De conformidad con los artículos 7.5 y 8.1 de la convención americana sobre derechos humanos, toda persona acusada, detenida o retenida tiene derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial dentro de un plazo razonable o, de lo contrario, a ser puesto en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso penal.

Este derecho se encuentra también reconocido por el pacto internacional de derechos civiles y políticos en su artículo 9.3 al referirse a los derechos de las personas detenidas por una infracción penal, en donde se establece el derecho que tiene de ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad, en su artículo 14.3 se

¹⁰⁸ A. Cornejo, *Defensa...*, 191,192

prescribe que toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser juzgadas sin dilaciones indebidas.

La doctrina internacional (Jauchen, Fleming, Nolasco) en su conjunto ha señalado que la celeridad en la tramitación del proceso, es lo mismo, el proceso sin dilaciones indebidas, que, este es un concepto jurídico indeterminado o abierto, dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos y congruentes que permiten esclarecer el problema fundamental asociado al estudio de esta garantía, consistente en la determinación de lo que se entenderá por plazo razonable.

A este respecto la corte interamericana de derechos humanos, el tribunal constitucional español y la doctrina han recurrido a las formulados por las de CEDH; lo cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable, y, ha dicho que para determinar en qué consiste el plazo razonable, debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad de éste, a saber;

- a) la complejidad del asunto,
- b) la actividad procesal del interesado y
- c) la conducta de las autoridades judiciales.

Se ha señalado también que la complejidad de la causa se relaciona con los hechos sujetos de investigación y con la prueba solicitada por las partes procesales, que suponen tener que invertir un esfuerzo mayor al que normalmente tiene la etapa probatoria, o la interpretación de las circunstancias que concommitan en la Litis.

La complejidad del proceso penal se circunscribe al establecimiento de los hechos los cuales pueden ser de fácil o simple investigación; o, compleja, y en este sentido la prueba de los hechos puede ser fácil, difícil, de prolongada práctica o de complicada actuación; además se debe tomar en consideración que pueden existir dentro de un mismo proceso varios agraviados o inculpados los cuales tendrán sus respectivos defensores que buscarán introducir elementos de cargo y de descargo atendiendo a su teoría del caso.

En base a lo dicho por la doctrina internacional así como por los organismos de derechos humanos, debo señalar, que la garantía de obtener una resolución dentro de un plazo razonable no se considera vulnerada cuando en si se incumplen los plazos

procesales establecidos en la ley, sino cuando se produce o se permiten violaciones a las garantías constitucionales, entre estas el derecho a la defensa; y, la resolución dentro de un plazo no razonable.

Respecto de la conducta procesal del procesado dentro del desarrollo del proceso, debemos decir que esta es determinante para establecer si se ha podido dar una pronta resolución del proceso, o, por dicha conducta se ha establecido una demora.

En base a lo dicho para determinar si la conducta procesal realizada por el procesado ha sido obstruccionista o dilatoria y ha trascendido a la demora en la resolución de la causa, se ha de tomar en cuenta si ha realizado un uso abusivo del derecho de impugnación, o realizando incidentes de forma innecesaria, peticiones impertinentes, se ha solicitado la práctica de prueba inútil, impertinente e inconducente.

Ahora para determinar si la conducta las de las autoridades judiciales ha incidido en la pronta e inmotivada resolución de la causa en la audiencia de flagrancia, se debe tener presente los siguientes elementos: la cantidad de jueces asignados a dicha jurisdicción para la resolución de este tipo de causas, la estructura y complejidad del caso en concreto, y, si los actos que se han realizado dentro del plazo establecido en la ley para la realización de la audiencia de flagrancia, han contribuido o no a que exista una rápida e inmotivada, resolución de la causa.

La corte interamericana de derechos humanos, verificó la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en el caso sobre Suarez Rosero vs. Ecuador, en donde se consideró que procesar penalmente a una persona por más de 50 meses contraviene dicho principio constitucional es así que el acto de aprehensión con el cual se inicia el proceso se realizó el 23 de junio de 1992, por lo tanto desde ahí se comenzó a evaluar el plazo razonable que debía haber durado el proceso, estableciéndose que el mismo concluyó el 9 de septiembre de 1996 cuando el presidente de la corte superior de justicia de Quito dictó una sentencia condenatoria en contra del procesado.

La corte concluyó que el proceso duró más de 50 meses por lo que se excedió en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la convención americana, estimó que el hecho de que un tribunal ecuatoriano haya declarado culpable del delito de encubrimiento, al señor Suárez Rosero, no justificaba que se hubiese privado de la libertad

por más de tres años y 10 meses, cuando la ley ecuatoriana establecía como pena máxima la de dos años para este delito.

Señalo que, el caso no revestía complejidad especial sólo había un encausado se disponía de los elementos necesarios para determinar la pertinencia del enjuiciamiento, y no aparecía del expediente que la defensa del señor Suárez hubiera retrasado, entorpecido la tramitación de la causa, por tanto la corte valoró que no existía complejidad del asunto, que la actividad procesal del interesado no había sido abusiva, pero si existió una conducta inadecuada de las autoridades judiciales en la tramitación de la causa, lo que determina el incumplimiento del deber de dirigir el proceso conforme a derecho, a fin de que no afecte los derechos del procesado quien fue obligado a estar detenido por un tiempo mayor al establecido por la ley como pena máxima.

Se entiende que este plazo de 3 años y 10 días, es totalmente lo contrario a lo que motiva el presente trabajo, pues en el caso de la audiencia de flagrancia se determina que el plazo para la resolución de la iniciación de un proceso, el mismo que prácticamente va de la mano con una sentencia condenatoria se lo realiza en 24 horas, lo uno y lo otro constituye lo que no es una buena definición de plazo razonable, ni muy rápido ni muy tarde.

3.3.1 Consecuencias jurídicas por la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

El trámite judicial, que lo llevan a desarrollarse en un plazo irrazonable, obligan a resarcir a la víctima, que se ampara en el principio “*el daño injustamente causado origina el deber de reparar*”.¹⁰⁹.

En este sentido el tribunal constitucional español ha considerado que las medidas para reparar los defectos de la violación al derecho a un plazo razonable, son de naturaleza sustitutoria o complementaria para cuando no pueda restablecer la integridad del derecho a su conservación. Entre las medidas sustitutorias figuran la exigencia de responsabilidad civil y aun penal del órgano judicial, así como la responsabilidad civil del Estado por mal funcionamiento de la administración de justicia. Y entre las medidas complementarias

¹⁰⁹ Oswaldo Gonzaini, *El Debido Proceso*, (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004), 574

pueden citarse, por ejemplo, el indulto o la aplicación de la remisión condicional de la pena.

En los Estados Unidos, la Corte Suprema en aplicación de la enmienda sexta de la constitución estableció que, en caso de afectación del mencionado derecho, la consecuencia o solución procesal es la declaración de nulidad de la acusación fiscal, así se sentó como precedente desde la sentencia del caso *Barker Vs. Wingo* en 1992, sin que se acepte la solución compensatoria como forma de reparar la violación.

Por su parte tanto la corte interamericana de derechos humanos como el tribunal europeo de derechos humanos se han limitado a reconocer la violación producida y a condenar al Estado denunciado a que pague una indemnización como forma de compensar el daño ocasionado por la violación del plazo razonable.

3.3.2 Dies a quo y diez ad quem para computar el plazo razonable del proceso penal.

Una de las cuestiones que plantea el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es el poder determinar dentro de un proceso penal los extremos dentro de los cuales transcurre aquel, es decir el momento en el que éste inicia y cuál es el momento razonable en el cual este ha de terminar¹¹⁰.

Con relación al inicio del plazo señala que la corte interamericana de derechos humanos en la sentencia del caso *Suárez contra Ecuador*, precisó que el plazo comienza computarse desde la fecha de la aprehensión del procesado, por ser el primer acto del proceso penal, y desde aquel momento se debe comenzar a apreciarse el plazo, o, desde el momento en que la autoridad judicial, tome, conocimiento del caso conforme lo determinó en el caso *Tibi contra Ecuador* el 7 de septiembre de 2004.

Señala además que en similar sentido el tribunal europeo de derechos humanos en las sentencias de los casos *Eckle contra Alemania*, de fecha 15 de julio de 1982 y *López Sol y Martín de Vargas contra España*, de fecha 28 de octubre de 2003, ha precisado que el inicio del plazo razonable ha de contarse desde el momento en el que un individuo se encuentre formalmente acusado o cuando las sospechas de las que es objeto tienen

¹¹⁰ J. Nolasco, *El Juez...*, 78.

repercusiones sea personales o patrimoniales por la adopción de medidas cautelares personales o reales que se hallan dictados contra.

En nuestro país, considero, que el plazo razonable ha de comenzar a contarse desde el inicio de la investigación pre procesal, que en el caso de flagrancia es desde el momento de su detención, a fin de poder desarrollar sus actividades de forma normal contando con el tiempo suficiente y los medios adecuados para ejercer la defensa, a expectativas de lo que pueda suceder en dicha audiencia.

En cuanto a la terminación del proceso la corte interamericana de derechos humanos en la sentencia del caso Suárez versus Ecuador estableció que el proceso penal termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme con lo cual se encuentra agotado la jurisdicción, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse en esta línea la corte interamericana de derechos humanos siguiendo la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos precisó que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto con lo cual se agota la jurisdicción y que particularmente en materia penal dicho plazo debe comprender todo el procedimiento incluyendo los recursos instancia que pudieran eventualmente presentarse.

En cambio, en el caso de flagrancia el procedimiento debe terminar en 24 horas, he allí el extremo que implica la aplicación del principio de celeridad en aras de poner de manifiesto el eficientismo penal, en desmedro del derecho a la defensa.

El Comité de derechos humanos de la organización de las Naciones Unidas al interpretar el artículo 14.3 del pacto internacional de derechos civiles y políticos en la observación general número 13, señaló que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es una garantía que se refieren no sólo el momento en que se debe comenzar un proceso sino también momento en que debe concluir.

Por tanto, diremos que el plazo razonable en flagrancia, es aquel que garantice un efectivo ejercicio del derecho a la defensa, el mismo que debe estar establecido por parámetros como la complejidad del caso, la cantidad de jueces de flagrancia, el tiempo de la realización de las diligencias solicitadas, la presentación de los perito, testigos, etc.

3.3.3 Plazo razonable en el proceso penal como garantía constitucional.

Como derecho humano fundamental tiene una estructura compleja compuesta por obligaciones negativas y positivas que están a cargo del Estado, y que se trasuntan en la obligación de proveer lo pertinente para garantizar el acceso a la justicia, eliminando las trabas a este derecho y además en adoptar medidas legislativas, políticas y económicas para asegurar que servicio de justicia sea eficiente y eficaz.¹¹¹

El principio de celeridad está presente en el artículo 75 de la constitución de la República, que señala:

Toda persona tiene derecho al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmigración y celeridad; en ningún caso quedará en la indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Por su parte el artículo 424, ibídem, señala que 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. En este sentido debemos señalar que la convención americana de derechos humanos en su artículo 8.1 dispone: “toda persona tiene derecho ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...”, Por su parte el pacto internacional de los derechos civiles y políticos en su artículo 14.3 C, establece el derecho “a ser juzgado sin dilaciones indebidas”; cuyos tratados han sido ratificados por nuestro país y que en aplicación de los mismos se debe observar en todo procedimiento la aplicación ineludible del principio de celeridad.

3.3.4 Función del principio de celeridad

Andrés marfil, respecto de la función del principio de celeridad dentro del proceso, en su monografía, “*La celeridad un plazo razonable como una obligación estatal de inexcusable cumplimiento*”, señala:

“Que un Estado cuente con un sistema jurisdiccional en el cual las disputas se resuelven rápidamente, es fundamental para la seguridad jurídica que debe existir en todo ordenamiento jurídico, esta seguridad permite que todos los habitantes de un Estado sepan cuáles son las reglas a las cuales deben sujetarse, y va más allá en cuanto, la seguridad jurídica se logra también con la celeridad procesal, es decir

¹¹¹ Andrés Marfil, *Principios Procesales*, (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni), Tomo I, 589, 611.

a que las cuestiones sometidas ante un tribunal sean resueltas en un tiempo razonable, ya que en el proceso judicial a donde van a ejercer sus pretensiones quienes consideran que se les haya violado sus derechos o pretenden el reconocimiento rápido de un derecho que ya posee.

Entonces su finalidad es estrictamente instrumental, teleológica, realiza la tutela judicial efectiva, y por medio de ésta hace efectivo el reparto de bienes jurídicos que las leyes y la constitución otorgan a los ciudadanos.

Podría decirse entonces que el tiempo no es el verdadero problema en la duración del proceso sino la demora que es un defecto del tiempo que se da por la interferencia activa u omisiva de la conducta, la celeridad no debe ser ni lo es sinónimo de indefensión, sino todo lo contrario, la celeridad es una de las bases de un buen sistema jurídico, ningún Estado que tenga un servicio de justicia lento moroso, ineficiente, se puede jactar de asegurar la tutela de los derechos.”

La obligación de celeridad se asume como un deber de la jurisdicción y como una potestad del justiciable, por cuanto, asume esa doble configuración del compromiso judicial por la rapidez y de derecho esencial del hombre¹¹².

El plazo razonable que se menciona en los documentos transnacionales incorporado a la legislación interna, puede ser considerado como un derecho humano o como una obligación internacional, pero aquella que lo caracteriza es precisamente que se trata de una garantía procesal y, por consiguiente, que generó una expectativa individual ante la actuación de los poderes públicos, así como los mecanismos para hacerla efectiva¹¹³.

En si para mí, el principio de celeridad tiene como finalidad el acceso a la tutela efectiva de los derechos que tiene el justiciable, así como la víctima, de obtener una resolución dentro de un plazo razonable en donde se resuelva el conflicto, a fin de hacer efectivos sus derechos.

El principio, también llamado de aceleración o de celeridad, obliga a un gran enunciado: no se trata de iniciar y culminar los procesos en el menor tiempo posible, veloz y rápidamente, como tampoco de pensar demasiado lentamente aquello que se debe hacer. Por ello se debe trabajar con base en un justo término, pues, no debe olvidarse, si bien la sociedad tiene interés en una pronta justicia, del axioma estudiado forman parte también

¹¹² O. Gonzaini, *El debido*, 542

¹¹³ O. Gonzaini, *El debido*, 542

estos otros dos aspectos, a) la sociedad tiene el derecho y el anhelo de una justicia cierta especialmente siempre atinada y b) antes que la eficiencia entendida cronológicamente, al hombre y a la sociedad importan el pleno respeto de los derechos y garantías de las partes, sobre todo del sospechoso, indiciado, procesado, acusado o condenado.¹¹⁴

3.3.5 La visión economicista de la celeridad procesal.

Se señala que la función social del proceso consiste en la satisfacción de pretensiones, desplegando el *prius* de la resolución justa de los conflictos intersubjetivos.¹¹⁵

A este respecto debo señalar que la visión se enmarca en un doble ámbito, el primero que establece la duración de un proceso, y el segundo para determinar el costo que tiene el mismo.

Por tanto, considero que lo que se busca a través de la celeridad, es la búsqueda de una resolución rápida a los conflictos, sin que esto implique un costo, para el Estado, a través de las intervenciones que deben realizar los funcionarios judiciales dentro de un proceso penal.

El interés común exige que el proceso se realice rápidamente, y ya que no puede rendir ventajas económicas por su misma naturaleza, que sea, al menos, lo más barato posible. Sin embargo, salta a la vista que la auténtica finalidad del proceso penal no debe sufrir por la rapidez y la baratura¹¹⁶.

A este respecto el tribunal constitucional de Perú, en la sentencia emitida dentro del EXP. N. ° 010-2002-AI/TC¹¹⁷ señalo:

(...)

108. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad del delito de traición a la patria regulado por el Decreto Ley N°. 25659, y tratándose el artículo 1° del Decreto Ley N°. 25708 de una norma cuya finalidad fue establecer un procedimiento conforme al cual se debió juzgar aquel delito, por extensión éste

¹¹⁴ A. Pérez, *Los Principios...*, 253,254

¹¹⁵ O. Gonzaini, *El Debido...*, 512

¹¹⁶ A. Pérez, *Los Principios...*, 254

¹¹⁷ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>, 28 de junio del 2018.

también es inconstitucional, en la medida que, además, prevé un plazo extremadamente breve para la realización del procedimiento investigatorio, vulnerando así el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser oído con las debidas garantías "dentro de un plazo razonable", reconocido en el artículo 8º, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

109. En efecto, aunque la duración excesiva de los procesos sea el supuesto más común de violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tal derecho también garantiza al justiciable frente a procesos excesivamente breves, cuya configuración esté prevista con la finalidad de impedir una adecuada composición de la litis o de la acusación penal. Y es que, como expresa Nicolo Trocker, en afirmación válida, *mutatis mutandis*, "Razonable es un término que expresa una exigencia de equilibrio en el cual estén moderados armoniosamente, por un lado, la instancia de una justicia administrada sin retardos y, por otro, la instancia de una justicia no apresurada y sumaria" (Trocker Nicolo: "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo" in materia civile: profili generali". En: *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°. 2, 2001 citado, p. 407).

110. El Tribunal Constitucional considera que un proceso concebido con una duración extremadamente sumaria o apresurada, cuyo propósito no sea el de alcanzar que la litis se satisfaga en términos justos, sino ofrecer un ritual formal de sustanciación "de cualquier acusación penal", vulnera el derecho a un proceso "con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable". El factor razonabilidad aquí no está destinado a garantizar la duración excesiva del proceso, sino a cuestionar la desproporcionada perentoriedad con que éste ha sido configurado por el legislador. Tales alcances del derecho, por lo demás, se derivan directamente del artículo 25º, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención (...)".

Es precisamente en el proceso penal donde la relación entre Pepe derecho se vuelve más estrecha, hasta un punto en que ambos conceptos se confunden. La ley procesal, fija, por un lado, el tiempo en que cada acto (o etapa procesal compuesta por un subconjunto de actos) debe ser realizado para ser eficaz y por el otro, pone contornos temporales a la prolongación de la actividad procesal e impide, salvo excepciones, la regresión del proceso.¹¹⁸

¹¹⁸ Daniel, Pastor, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, (Buenos Aires, Ad Hoc SRL, 2002), 87.

La regla de la CADH 8.2, c, en cuanto exige que el imputado se le otorgue tiempo para el ejercicio eficaz de su defensa, es un precepto que indica luminosamente la orientación que debe ser seguida en caso de controversia, el tiempo está a favor del inculpado. El derecho a la defensa, a la prueba, a la revisión de las resoluciones trascendentes es impensable si los procesos se deben desenvolver en ámbitos temporales reducidos.¹¹⁹

De esta manera, el principio de la prontitud de la pena, que requiere urgencia en la decisión de los casos, choca con el de asegurar los derechos del inculpado, que reclama tiempo para el despliegue útil de todas sus facultades.¹²⁰

Un procedimiento arbitrario por celeridad es el que asegura una rápida resolución del caso, pero sin permitir el desenvolvimiento de las facultades básicas del inculpado.

3.3.6 Toma de postura.

Para que el proceso sea eficaz, es necesario que se desarrolle con todas las garantías, y, no sólo que sea rápido, el peligro que la reducción temporal en la que se desarrolla la audiencia de calificación de flagrancia, supone una merma respecto de las garantías procesales, pues esta visión economicista del sistema provoca límites innegables a un debido proceso al que tiene derecho el procesado.

El legislador aún no encuentra el equilibrio que debe existir entre la celeridad y el respeto de las garantías a un debido proceso del procesado, lo cual en la mayoría de casos ha implicado una quiebra en las garantías procesales, que hace que las posibilidades defensivas del procesado ideas restringidas inquiriendo una defensa adecuada.

Nuestra constitución garantiza que todas las personas tenemos derecho a obtener la tutela efectiva por parte de los jueces y tribunales fin de que sean respetados el ejercicio de nuestros derechos sin que en ningún caso se nos deje en la indefensión.

Es por esto que nuestra norma suprema no permite al legislador una regulación de la audiencia de calificación de flagrancia arbitraria, pues la naturaleza de un derecho tan

¹¹⁹ D. Pastor, *El plazo*89, 90.

¹²⁰ *Ibid....*90.

importante como el derecho a la defensa no puede ser limitado respecto a su contenido esencial.

Por lo expuesto considero que cuando el procesado alegue causas de justificación o pida plazo para preparar su defensa, la audiencia de calificación de flagrancia se realice en un plazo de hasta 8 días, determinando este de acuerdo a cada caso en concreto; así como, a que el proceso se proceda a sustanciar por la vía ordinaria, para lo cual es necesario una reforma al artículo 527 del COIP.

CAPITULO III

4.- Estudio de audiencias de calificación de flagrancia llevadas a cabo en la unidad judicial de calificación de flagrancia de QUITO en el periodo comprendido entre el 1 de enero del 2018 al 30 de septiembre del 2018.

En dicho período se han conocido 2264 causas, cuyos resultados exponemos a continuación:

	Cuenta X Proceso	Cuenta Aprendido/Proc.
ABREVIADO	1	2
Abreviado	1	2
Procedimiento abreviado	1	2
ADOLESCENTE INFRACTOR	84	109
Adolescente infractor	84	109
Conciliación/expedito	6	9
Inocente	1	1
Investigación previa	19	27
No califica flagrancia	10	19
Otras medidas cautelares	37	41
Prisión preventiva	09	10
Sentencia expedito	2	2

CALIFICA FLAGRANCIA	51	72
Investigación Previa	51	72
Investigación Previa	51	72
CONCILIACIÓN	18	33
Conciliación	18	33
Conciliación	18	33
DIRECTO	689	844
Abreviado	275	311
Otras medidas cautelares	63	70
Prisión preventiva	212	241
CONCILIACIÓN	181	263
Otras medidas cautelares	104	138
Prisión preventiva	77	125
PROCEDIMIENTO DIRECTO	3	3
Otras Medidas Cautelares	3	3
REMITIDO A SORTEOS	3	4

Otras medidas cautelares	1	1
Prisión preventiva	2	3
SENTENCIA PROC. DIRECTO	173	208
Otras medidas cautelares	115	134
Prisión preventiva	58	74
SUSPENSO	51	52
Otras medidas cautelares	50	51
Prisión preventiva	1	1
NULIDAD	1	1
Prisión Preventiva	1	1
EXTINCIÓN DE LA PENA	1	1
Prisión Preventiva	1	1
SOBRESEIMIENTO/ABSTENTIVO	1	1
Prisión Preventiva	1	1

EXPEDITO	264	344
Conciliación Expedito	86	130
Conciliación Expedito	86	130
EXPEDITO	147	166
Inocente	60	75
Sentencia expedito	87	91
NO CALIFICA FLAGRANCIA	31	48
No Califica Flagrancia	31	48
FORMULACIÓN DE CARGOS	29	73
Remitido A Sorteos	29	73
Libre no delito	2	2
No inicia proceso	2	2
Otras medidas cautelares	10	20
Prisión preventiva	15	49
MAL INGRESADA	9	9
Mal ingresada	9	9
Mal ingresada	9	9

NO CALIFICA FLAGRANCIA	638	884
No Califica Flagrancia	638	884
Investigación previa	531	585
No califica flagrancia	107	299
ORDINARIO	481	728
Remitido A Sorteos	481	728
Otras medidas cautelares	137	210
Prisión preventiva	344	518
TOTAL, GENERAL	2264	3098

Nota: Fuente. - UNIDAD JUDICIAL DE GARANTÍAS PENALES CON COMPETENCIA EN DELITOS FLAGRANTES, Dr. Leyton carrasco, Coordinador Unidad de Flagrancia Quito.

En los datos proporcionados por la unidad judicial de garantías penales con competencia en delitos flagrantes vemos como de las 2.264 causas en las cuales existen 3.098 encausados a 1.024 de ellos se dicta prisión preventiva en la audiencia de calificación de flagrancia, a 668, se les dicta otras medidas cautelares, es decir a 1.692 encausados se les dicta medidas cautelares lo que equivale a más del 54%.

De los 3.098 encausados se declara inocentes a un total de 76. Se llega a conciliar en 413 casos; no se califica la flagrancia en 951 casos; se da la nulidad de la prisión preventiva en un caso, se extingue la pena y la prisión preventiva en un caso; se da sobreseimiento o se abstiene en un caso, se encuentran suspensos 51 casos; se declara que no existe ningún delito en dos casos, no se inicia proceso en dos casos; mal ingresados nueve casos; se remite a juicio ordinario en 728 casos.

De 2.264 causas ingresadas a la unidad de flagrancia, 2 no se iniciaron, es decir no se consideró que exista delito.

De lo señalado podemos concluir que en el 97% de las causas ingresadas en la unidad de flagrancia da inicio a un proceso judicial, en el 54% aproximadamente con medidas cautelares contra de los encausados.

Esto se da por cuanto la persona aprehendida en flagrancia por disposición legal está sometido a un procedimiento excepcional ya que el mismo sólo se aplica a los delitos flagrantes cuya característica principal es el de restringir principios y garantías constitucionales del debido proceso, con el consecuente abuso por parte de policías, jueces, fiscales, ya que por mandato legal conforme hemos mencionado anteriormente la audiencia de flagrancia debe realizarse dentro de las 24 horas a partir de la detención lo que hace que ni el fiscal y el defensor público o privado cuenten con en el tiempo para preparar el caso con la presencia de los sujetos procesales, entre estos, quienes presenciaron los hechos, o la víctima cuando esta ha sido la única que tiene conocimiento de los mismos, estando por tanto únicamente presentes en la audiencia los policías que tomaron procedimiento lo que atenta claramente contra el derecho a la defensa.

Por tanto la flagrancia limita la investigación procesal y por ende afecta al ejercicio del derecho a la defensa, pues en dicha audiencia no se procede a realizar investigación alguna sino que el juez de garantías procede únicamente a verificar la existencia de flagrancia lo cual evidentemente es ilegal, pues el juez de garantías no sólo debe verificar la flagrancia si no, que, existan indicios claros y suficientes que hagan presumir el cometimiento de un delito, así como, de la participación del detenido en dicho hecho.

No se toma en cuenta por parte de los jueces y fiscales el hecho de que puede existir una causa de justificación, lo que haría se excluya del procedimiento directo los casos de flagrancia en los que se alegue una causa que excluye la antijuricidad del acto.

Tampoco se tome en consideración los casos en los cuales ha participado un inimputable, por ejemplo, que padezca trastorno mental, a quien se le obliga a someterse a un procedimiento directo sin contar con el tiempo necesario para poder realizar las adecuadas experticias médicas psiquiátricas que determinen su afección.

No se tome en cuenta asimismo los casos en los cuales se ha ejecutado un acto por fuerza mayor, caso fortuito, movimientos reflejos, estados de conciencia, fuerza física irresistible lo cual requiere una investigación a profundidad para la cual se requiere mayor

tiempo a fin de obtener los indicios de descargo que establezca el resultado del hecho flagrante no fue causado a voluntad y conciencia de su acto.

Esto hace que tengamos las cifras que nos ha proporcionado la unidad de flagrancia en las cuales se evidencia porque se ha aumentado la población carcelaria; así como el aumento y acumulación de causas.

4.1 Entrevista a abogados, jueces y funcionarios judiciales

Población. La población que forma parte directa en la presente investigación, está conformada por los siguientes entrevistados.

CUADRO N° 2

POBLACIÓN	NUMERO
Jueces de la Unidad Judicial Penal Con sede en el cantón Quito.	9
Abogados	9
Funcionarios Judiciales que intervienen en las audiencia de flagrancia	2
Total	20

Contabilizado el universo de la presente investigación da un total de 20 involucrados.

Tabulación de resultados en base a las preguntas realizadas:

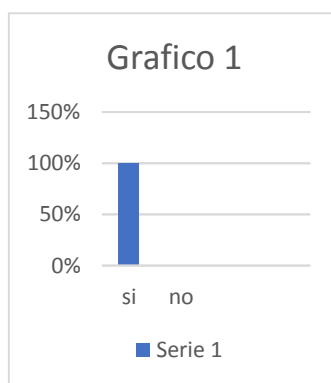
CUADRO No. 3

PREGUNTAS	ALTERNATIVAS		TOTAL
	SI	NO	
1	20	0	20
2	4	16	20
3	6	14	20
4	16	4	20
5	0	20	20

Procesamiento de Datos;

En base a la pregunta N° 1. ¿Cree usted que en la audiencia de flagrancia se limita el derecho a la defensa?

SI	NO	TOTAL
20	0	20
100%	0%	100%

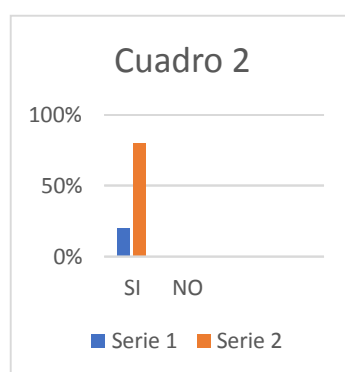


Nota: Fuente. – Entrevista aplicada a Jueces de lo Penal de la Unidad de Flagrancia, funcionarios y abogados que han intervenido en audiencias de calificación de flagrancia en la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Quito, durante el año 2018 en el mes de septiembre... Elaboración Juan Carlos Alvarado Endara

De un total de 20 encuestados, 20 profesionales manifestaron, que la audiencia de calificación de flagrancia de la forma como está concebida en el sistema penal ecuatoriano, limita el ejercicio del derecho a la defensa ya que no se garantiza el cumplimiento de las garantías establecidos en la Constitución y la ley, y que la misma limita el principio de presunción de inocencia.

En base a la pregunta N° 2. ¿Cree usted que se cumplen con las garantías del debido proceso en la audiencia de calificación de flagrancia?

SI	NO	TOTAL
4	16	20
20%	80%	100%

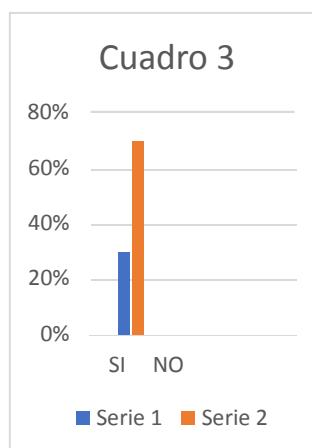


Nota: Fuente. - Entrevista aplicada a Jueces de lo Penal de la Unidad de Flagrancia, funcionarios y abogados que han intervenido en audiencias de calificación de flagrancia en la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Quito, durante el año 2018 en el mes de septiembre. Elaboración Juan Carlos Alvarado Endara

De un total de 20 encuestados, 4 manifestaron, que en la audiencia de calificación de flagrancia se respeta el debido proceso por cuanto el aprehendido en delito flagrante se encuentra asistido por un abogado defensor; mientras que 16 manifestaron que el debido proceso no solo consiste en contar con un defensor sino con el hecho de poder ejercer el derecho a la defensa, en todos sus aspectos.

En base a la pregunta N° 3. ¿Cree usted que el principio de inocencia del “aprehendido” es garantizado por el Juez de garantías penales en la audiencia de calificación de flagrancia?

SI	NO	TOTAL
6	14	20
30%	70%	100%

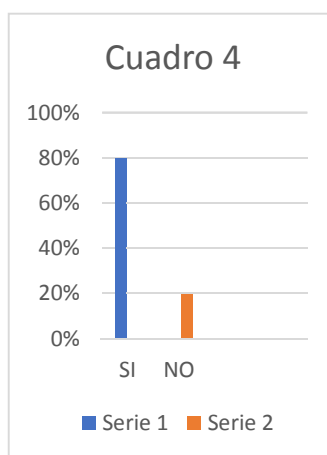


Nota: Fuente. - Entrevista aplicada a Jueces de lo Penal de la Unidad de Flagrancia, funcionarios y abogados que han intervenido en audiencias de calificación de flagrancia en la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Quito, durante el año 2018 en el mes de septiembre. Elaboración Juan Carlos Alvarado Endara

De un total de 20 encuestados, 6 manifestaron, que en la audiencia de calificación de flagrancia se respeta el principio de inocencia del aprehendido en delito flagrante, por parte del juez de garantías penales, ya que en todo momento lo trata como inocente pues no se ha demostrado su responsabilidad en el delito que se lo acusa; mientras que 14 manifestaron que no se respeta dicho principio, ya que en dichas audiencias, con muy poca evidencia se da paso al inicio de la instrucción fiscal; y, se dictan medidas cautelares en su contra.

En base a la pregunta N. °4. ¿Cree usted que la calificación de flagrancia incide en el principio de inocencia?

SI	NO	TOTAL
16	4	20
80%	40%	100%



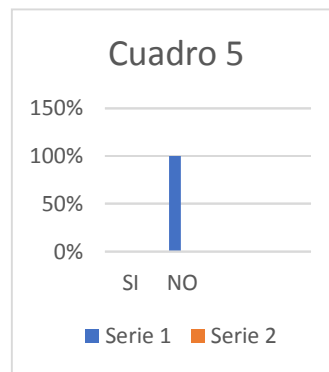
Nota: Fuente. - Entrevista aplicada a Jueces de lo Penal de la Unidad de Flagrancia, funcionarios y abogados que han intervenido en audiencias de calificación de flagrancia en la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Quito, durante el año 2018 en el mes de septiembre. Elaboración Juan Carlos Alvarado Endara

De un total de 20 encuestados, 16 señalaron que la calificación de flagrancia incide en el principio de inocencia, puesto que en esta audiencia se valora no solo la legalidad de la aprehensión, y si se observaron todas y cada una de las garantías en el procedimiento,

y durante las horas que ha sido privado de la libertad, sino que se conocen los indicios de cargo que generalmente es el parte policial, lo que no constituye un elemento claro y suficiente para que hagan presumir que el aprehendido ha cometido un acto ilícito, ante la duda se determina la legalidad de su aprehensión y se procede al inicio de la instrucción fiscal y se dicta una medida cautelar. Mientras que 4 profesionales manifestaron que no incide la calificación de flagrancia en el principio de inocencia, puesto que es la legalidad de la aprehensión lo que se verifica y no si es culpable o inocente.

En base a la pregunta N° 5. ¿Cree usted que la excepcionalidad de la medida cautelar de privación preventiva se respeta en las audiencias de calificación de flagrancia?

SI	NO	TOTAL
0	20	20
0%	100%	100%



Nota: Fuente. - Entrevista aplicada a Jueces de lo Penal de la Unidad de Flagrancia, funcionarios y abogados que han intervenido en audiencias de calificación de flagrancia en la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Quito, durante el año 2018 en el mes de septiembre. Elaboración Juan Carlos Alvarado Endara

De un total de 20 encuestados, 20 manifestaron, que en la audiencia de calificación de flagrancia no se respeta la excepcionalidad de la prisión preventiva ya que en todos ellos se dicta dicha medida cautelar.

CONCLUSIONES

Para que el proceso sea eficaz es necesario no sólo que sea rápido, sino que en el desarrollo de cada una de sus etapas se respeten todas las garantías conforme lo señala la constitución del Ecuador. De lo dicho, se colige que, la rapidez con la que se celebra la audiencia de calificación de flagrancia no conlleva necesariamente a su eficacia, si se ven conculcados los derechos que tienen las partes a gozar de todas las garantías procesales.

En búsqueda de que la administración de justicia sea más eficiente, se ha determinado mediante ley, que dentro de las 24 horas de producida la detención en flagrancia, se proceda a realizar la audiencia de calificación de la misma, lo que implica que sea realizada con rapidez, rapidez que no es sinónimo de eficacia, ya que el corto tiempo que se tiene para la celebración de dicha audiencia, hace que no, se respeten los derechos de las partes, por la rapidez de los trámites procesales.

El irrespeto a las garantías procesales, por la reducción temporal para la realización de dicha audiencia, atiende a una visión economicista, la misma que supone un peligro, ya que provoca de forma innegable límites al ejercicio de las garantías del derecho a la defensa del procesado, que favorece a una política pública que busca la eficacia con la que deben actuar los jueces para resolver las causas penales, por encima de la justicia.

En este sentido se debe destacar la labor que debe desarrollar la policía al momento de realizar el parte policial y poner en conocimiento del fiscal sobre los hechos suscitados, pues, la policía debe proceder a realizar el parte policial de forma fidedigna tal y como se han suscitado los hechos, sin entrar a elucubraciones y menos aún a calificar el supuesto delito cometido, procediendo de igual manera a realizar de forma urgente todas las diligencias necesarias a fin de esclarecer el hecho denunciado y poner en conocimiento del fiscal y del juez los resultados de dicha investigación.

La característica esencial de esta audiencia de flagrancia es la rapidez con la que se lleva a cabo, lo que hace que, sea necesario que el fiscal y el juez, ordenen dentro de sus competencias, la práctica de diligencias en ese espacio de tiempo, a fin de garantizar

el derecho de defensa del procesado, es necesario también que el juez disponga la presentación a dicha audiencia de testigos o peritos que hubieren presenciado o conocido sobre el hecho delictual, a fin de tener mayores elementos para proceder a calificar la flagrancia o no.

Pues ha sucedido en varios casos que se ha procedido a detener a personas que nada tienen que ver con el hecho delictual suscitado, sólo por haber estado en el lugar y la hora equivocados.

Es por esto la importancia de contar con elementos policiales, y funcionarios judiciales, debidamente instruidos, con vastos conocimientos en el desempeño de sus funciones, a fin de poder llevar de forma rápida, ante la justicia a fin de que sean encausados, a los verdaderos responsables de los actos delincuenciales que se hubieren cometido en contra de la víctima.

Es por esto que el Estado como política pública a través de legislador ha buscado dotar al proceso penal de mayor celeridad, en este afán se ha procedido a adoptar diversas medidas que tienden a simplificarlo, acercando de esta manera el momento de la comisión del hecho delictivo a la finalización del proceso con la expedición de una sentencia.

Esta agilización del proceso ha implicado en la mayoría de casos que exista un quiebre en las garantías procesales que tiene el procesado, pues existe de forma inevitable una limitación para el ejercicio del derecho a la defensa, y con ello una afectación a los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, lo que supone una lógica consecuencia de que se vean restringidas las posibilidades defensivas que tiene el procesado.

Es por ello la necesidad de dotar de manera inmediata al procesado, de la asistencia letrada y de la posibilidad de comunicación reservada entre el defensor y el procesado incluso antes de que realice cualquier declaración, ante cualquier funcionario público, pues así lo establece el artículo 76 de la constitución de la República en su numeral 7 literales a y e, que claramente señala que en ningún caso pueda producirse indefensión, declaración constitucional que encuentra su máxima expresión en el proceso penal, por estar en juego la libertad del procesado, lo que hace obligatorio la presencia del abogado defensor en el proceso penal a fin de que pueda encarar de forma técnica a

la acusación incoado en su contra, lo que supone la efectiva realización de los principios constitucionales de contradicción e igualdad que debe imperar en el proceso penal a fin de evitar un desequilibrio entre el fiscal acusador que cuenta con todo el aparataje estatal, y el procesado.

Es así que para el efectivo ejercicio del derecho a la defensa desde el momento de la detención se deberá informar al procesado de los hechos que se le imputan, poniéndole en conocimiento de los derechos que le asisten entre estos la asistencia letrada de su confianza, y en el caso de no nombrarlo se designará defensor público, a fin de que de manera inmediata y confidencial proceda a entrevistarse con su abogado defensor, para para solicitar las diligencias necesarias a fin de enfrentar la audiencia de flagrancia con todos los elementos de descargo que obren en su favor, y de esta manera evitar una restricción a su libertad, así como el inicio de un proceso penal rápido en su contra.

De igual forma se le informará que le asiste el derecho a guardar silencio, no declarando si ese es su deseo, así como el hecho a no contestar alguna o algunas preguntas que se le hicieren, el derecho a no auto incriminarse, el derecho de poner en conocimiento de un familiar o de una persona de confianza su detención, el derecho a la asistencia médica en caso de necesitarlo, y su reconocimiento a fin de determinar su estado de salud al momento de su detención.

El derecho a la asistencia letrada es irrenunciable, en cualquier etapa o estado del proceso, lo que implica incluso la imposibilidad de que la policía requiera información al procesado de los hechos suscitados, sin la presencia del abogado defensor, quien podrá advertirle de la conveniencia o no de rendir su declaración, así como la de contestar o no alguna o algunas preguntas que se le formularen por parte de la policía, el fiscal, o el juez.

Al abogado defensor le asiste el derecho de tener total conocimiento de todo lo actuado a fin de poder desempeñar sus funciones, ya que la duración temporal de la audiencia de flagrancia, por sí mismo, podrá determinar una vulneración del derecho a la defensa si se impide tener un tiempo prudencial para preparar la misma.

Los actos de la defensa están dirigidos a acreditar ya sea, la inexistencia del hecho que se imputa, la falta de tipicidad, la no participación del procesado en el hecho investigado, la existencia de causas de justificación, para lo cual la defensa deberá

solicitar la práctica de las diligencias que crea necesarias y se proceda la práctica de las mismas dentro del plazo establecido en la ley para la celebración de la audiencia de flagrancia, debiendo contar con el tiempo prudencial para la preparación de su defensa.

La falta de tiempo para la práctica de determinadas diligencias acarreará un quiebre de las garantías procesales, que llevará a la celebración del enjuiciamiento penal, del cual el procesado podría ser absuelto o sobreseído, resultando innecesaria la comparecencia al mismo, por parte del procesado, que se hubiese resuelto si el juez de calificación de flagrancia hubiere tenido conocimiento de determinadas circunstancias del hecho, que determinaban la no responsabilidad del procesado en el hecho delictivo suscitado.

Es así que la defensa del procesado tiene un especial deber de proponer las diligencias necesarias que puedan frustrar el enjuiciamiento penal y una posterior sentencia de condena; la rapidez que se pretende imprimir a la celebración de la audiencia de flagrancia puede suponer, por tanto, la vulneración del derecho a la defensa del procesado que produce un menoscabo sensible de su eficacia, pues si bien es cierto que en el juicio oral es donde deben practicarse las pruebas y producirse el debate sobre la responsabilidad del procesado en el hecho investigado permitiendo el ejercicio del derecho de contradicción, no es menos cierto que lo que se haga o se deje de hacer dentro de la audiencia de calificación de flagrancia influirá en la sentencia y su motivación.

Dentro de la audiencia de calificación de flagrancia se ha de tomar en consideración si la acción delictiva se estaba desarrollando o se acababa de realizar al momento de la detención, si existe relación directa del procesado con el objeto, instrumentos o efectos del hecho delictual; que exista una percepción directa y no presuntiva del acto delictivo; que se haya intervenido de forma urgente para evitar la desaparición de los efectos del delito, a fin de que no existan dudas sobre la participación del procesado en el hecho investigado, y que no se proceda el enjuiciamiento penal solo por el hecho de pasar por ahí.

Es decir, se debe buscar un filtro de acusaciones infundadas a fin de evitar el enjuiciamiento de un inocente con la posibilidad de acordar un sobreseimiento o una absolución.

En definitiva para la consecución de la efectiva aplicación del principio de celeridad y la agilización del proceso penal en la audiencia de calificación de flagrancia que debe realizarse dentro de 24 horas, hace que las posibilidades de actuación de las partes estén limitadas a este plazo, lo que resulta perjudicial para el sujeto pasivo de dicha acusación, por las graves consecuencias que puede tener la restricción de las posibilidades de ejercer con todas las garantías su derecho a la defensa.

Si bien comprendemos que dicho principio de celeridad es necesario para impedir la dilación indebida del procedimiento, creemos que tal como se ha configurado para la rapidez de la celebración de la audiencia de calificación de flagrancia, el mismo, no es posible respetar las garantías procesales en especial el derecho a la defensa que tiene el procesado, garantía que no puede y no debe ceder ante el principio de celeridad.

Así, si el principio de celeridad que se aplica en la celebración de la audiencia de calificación de flagrancia debe durar no 24 horas, sino 48 horas o cinco días dependiendo de la complejidad del caso, a fin de respetar de forma irrestricta la garantía del derecho a la defensa; no creemos que por ello la justicia sea ineficaz, es más lo será en mayor medida ya que el procesado ha visto respetados sus derechos, ya que se han practicado las diligencias solicitadas, las mismas que son necesarias para que la resolución del juez de calificación de flagrancia sea debidamente motivada, y, además de haberse impartido justicia en un tiempo razonable el que exigía la causa en concreto se habrá realizado sin merma de los derechos de las partes.

Es por esto que atendiendo a cada caso en concreto se debería realizar una reforma al código orgánico integral penal a este respecto, posibilitando que la celebración de la audiencia de calificación de flagrancia pueda realizarse en un tiempo posterior a las 24 horas establecidas actualmente, a fin de que, cuando el caso lo amerite, al no estar claro la existencia del hecho delictivo; y, la participación del procesado en él, se proceda a realizar la práctica de varias diligencias que por su naturaleza no puedan ser realizadas dentro de las 24 horas, se las pueda realizar un plazo mayor a fin de demostrar la inexistencia del hecho, la falta de tipicidad, la no participación del procesado en el hecho delictual, o como la existencia de causas de justificación.

Mientras en los procedimientos ordinarios, el procesado puede tener hasta dos años para defenderse dentro de una fase pre procesal, sin la merma de su libertad, y sin que se inicie un proceso en su contra, en la audiencia de calificación de flagrancia el procesado tiene 24 horas para ser encausado. ¿Pregunto, esto no es violación al derecho de igualdad y defensa?

Con la correcta aplicación del principio de celeridad, se obtendría una justicia eficaz, evitando enjuiciamientos que podrían derivar en la absolución o en el sobreseimiento por falta de indicios claros y suficientes que hagan presumir que no existe un hecho delictual; así como, la no participación del procesado, atendiendo de esta forma a los principios de garantismo penal y economía procesal.

BIBLIOGRAFÍA

Abarca, Luis, *La Defensa Penal Oral*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2010.

Alexy, Robert, *Tres Escritos Sobre los Derecho Fundamentales y La Teoría De Los Principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003”.

Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Ávila, Ramiro, *La (In) Justicia Penal en la Democracia Constitucional de Derechos*, Quito, Ediciones Legales EDLE S.A. Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador, 2013

Barrango, María, *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000.

Botero, Martín, *El Sistema Procesal Penal Acusatorio “El Justo Proceso”*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008.

Cano, Carlos Arturo, *Oralidad Debate y Argumentación*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2010.

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial, Heliasta, 1981.

Cesano, José, *El Nuevo Derecho Procesal Penal*, Lima, Ara Editores, 2010.

Claría, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2008.

Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, México, Biblioteca de Ética filosofía de Derecho y Política, 2008.

Derecho y Razón, México, Biblioteca de Ética filosofía de Derecho y Política, 2016.

Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Madrid, Trotta, 2005.

Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 1996.

Fontecilla, Rafael, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978.

Gozaini, Oswaldo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2009.

Guerrero, Walter, *Derecho Procesal Penal*, Quito, Pudeleco Editores S.A., 2004.

Ibáñez, Perfecto, *Justicia Penal, Derechos y Garantías*, Lima, Palestra, 2007.

Los Hechos en la Sentencia Penal, México DF, Biblioteca de Ética Filosofía de Derecho y Política, 2007.

Jauchen, Eduardo, *El Juicio Oral en el Proceso Penal*, Buenos Aires, 2008.

Prieto Sanchís, Luis, *Garantismo y Derecho Penal*, Madrid, Iustel S.A, 2011

Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid, Trotta, 2003.

Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l. 2012.

Ruiz, Juan, *El Juez y las Lagunas del Derecho*, México DF, Biblioteca de Ética Filosofía de Derecho y Política, 2008.

Solórzano, Carlos, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2010

Urbano, José, *La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2011.

Vaca, Ricardo, *Manual de derecho Procesal Penal*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (traducción de Marina Gascón), Madrid, Trotta, 2009.

Zambrano, Alfonso, *Practica Penal*, Guayaquil, Edino, 1991.

Zavala; Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Guayaquil, Edino, 2004.

Internet

Corte constitucional de Colombia, Sentencia C-371/11, <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-371-11.htm>, fecha de consulta 26/10/2016.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf, 27 de junio del 2018.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>, 28 de junio del 2018.

Legislación utilizada

Constitución de la República del Ecuador (2008), Tit. III en adelante, derechos de protección, art. 76 No. 7 garantías básicas del debido proceso, ([Quito]: Asamblea nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s. f): 52

Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial, Suplemento*, No. 180 (10 de febrero de 2014), Considerandos y art. 4 en adelante, se lo cita como COIP.