

22

Fecha de presentación: julio, 2020
Fecha de aceptación: septiembre, 2020
Fecha de publicación: octubre, 2020

LA INSTRUCCIÓN FISCAL

Y EL DERECHO DE DEFENSA COMO GARANTÍA DEL PROCESADO

THE PROSECUTION AND THE RIGHT OF DEFENCE AS A GUARANTEE FOR THE ACCUSED

Merck Milko Benavides Benalcázar¹

E-mail: ui.merckbenavides@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2771-1104>

Luis Andrés Crespo Berti¹

E-mail: ui.luiscespo@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8609-4738>

Teresa De Jesús Molina Gutiérrez¹

E-mail: ui.teresamolina@uniandes.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5957-3482>

¹ Universidad Regional Autónoma de Los Andes. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Benavides Benalcázar, M. M., Crespo Berti, L. A., & Molina Gutiérrez, T. J. (2020). La instrucción fiscal y el derecho de defensa como garantía del procesado. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(S1), 158-166.

RESUMEN

El trabajo, comprende el estudio de la instrucción fiscal y el derecho de defensa como garantía del procesado, para determinar si una vez que se inicia el proceso penal, en su primera etapa, se garantiza el referido derecho, considerando que jurídicamente existen dos clases de defensa, la técnica que está a cargo del abogado defensor de su elección y confianza, y la material que la ejerce únicamente el procesado en cada una de las diligencias judiciales y de manera particular en las audiencias que pueden llevarse a cabo en la instrucción, como la de formulación de cargos, de reformulación de cargos, de vinculación de otros procesados o las convocadas por parte del juzgador para revisar las medidas cautelares. Derecho a la defensa que se encuentra garantizado por las normas supranacionales, constitucionales y legales vigentes. En el desarrollo de la investigación, se considera criterios de expertos que han realizado estudios sobre el presente tema, quienes hacen aportes significativos a la ciencia jurídico-penal. Los resultados indican los aspectos jurídico-procesales, que debían considerarse en la instrucción fiscal, para garantizar el derecho de defensa del procesado y los impactos que generó su vulneración en la administración de justicia penal.

Palabras clave: Proceso penal, instrucción fiscal, procesado, derecho de defensa, sujeto procesal, garantía del proceso.

ABSTRACT

The work includes the study of the fiscal instruction and the right of defense as a guarantee of the defendant, to determine if once the criminal process is initiated, in its first stage, the referred right is guaranteed, considering that legally there are two types of defense, the technique that is in charge of the defense lawyer of his choice and confidence, and the material exercised by the defendant alone in each of the judicial proceedings and in particular in the hearings that may be held in the investigation, such as those for the formulation of charges, the reformulation of charges, the involvement of other defendants or those convened by the judge to review the precautionary measures. The right to defense is guaranteed by the supranational, constitutional and legal norms in force. In the development of the research, criteria are considered from experts who have carried out studies on the present topic, who make significant contributions to legal-criminal science. The results indicate the legal-procedural aspects, which should be considered in the prosecutorial instruction, in order to guarantee the right of defense of the defendant and the impacts generated by its violation on the administration of criminal justice.

Keywords: Criminal process, fiscal instruction, defendant, right of defense, procedural subject, guarantee of the process.

INTRODUCCIÓN

Al referirse al derecho a la defensa se dice que tiene relación con la igualdad de armas, donde los sujetos procesales están en igualdad de condiciones para asumir la defensa de manera integral y que le corresponde al juez materializa el tratamiento igualitario en el proceso penal en función de garantizar la seguridad jurídica de los justiciables.

En consecuencia, cada uno de los sujetos procesales que intervienen en la investigación de los delitos del ejercicio público de la acción y en forma obligatoria el juzgador, tienen la misión de garantizar el cumplimiento del debido proceso, en especial el derecho a la defensa del procesado en su integralidad, es decir, la defensa técnica y material, como se dejó indicado en líneas anteriores, a fin de no generar indefensión, lo cual tiene como efecto jurídico la nulidad procesal y por ende se materializaría una justicia penal violatoria de los derechos y garantías del procesado.

La elección de este tema, es considerando que en la instrucción fiscal iniciada en contra de una persona, que se presume ha cometido un delito del ejercicio público de la acción, en la mayoría de los casos y en particular en las audiencias públicas y contradictorias, no se cumple el derecho a la defensa técnica cuando los procesados son asistidos por un defensor, que siendo de su confianza y de su elección, no conoce el Derecho Penal y la relación con el Derecho Constitucional y los convenios internacionales de derechos humanos, así como cuando son patrocinados por un defensor público, que por su elevada carga laboral, lo único que hace es legalizar cada una de las diligencias judiciales que se realizan en el proceso penal, generando una indefensión al procesado. Es más evidente este hecho, en los actos procesales que tiene relación con las audiencias, en las cuales el juzgador no le pregunta al procesado antes de concluir la audiencia, si quiere decir algo en dicha diligencia, sin darle la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa material, violentándose de esta manera la referida garantía constitucional y por ende el debido proceso.

En este contexto, es indispensable tener claridad sobre lo que constituye el derecho a la defensa, que según Gimeno Sendra (2015), es “un derecho fundamental de todo investigado a acceder al proceso penal, tan pronto como se le atribuya la comisión de un hecho punible, y a designar, en el, 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”. (p 277)

En este orden de ideas, es preciso manifestar que el derecho a la defensa del procesado, se encuentra regulado en el artículo 76 numeral 7, en todos sus literales de la Constitución de la República (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), donde se garantiza que nadie puede ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, así como a ser escuchado el procesado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, a ser asistido por un abogado de su elección o defensor público, así como a presentar sus argumentos de manera verbal o escrita, a replicar los argumentos de las otras partes, presentar pruebas de descargo, a ser juzgado por un juez imparcial, independiente y competente y de manera relevante se destaca que las decisiones judiciales deber ser debidamente motivadas.

Por lo expuesto se llega a la conclusión, de que les corresponde garantizar el derecho a la defensa del procesado, a los sujetos procesales y al juzgador, a fin de que en la instrucción fiscal no se incumpla el debido proceso. Por lo que es necesario afirmar que, el derecho a la defensa del procesado se basa en un conjunto de preceptos jurídicos vigentes en un país determinado, y que tiene relación directa con la naturaleza humana, por lo que es considerada una garantía que debe ser cumplida de manera estricta por los operadores de la justicia penal.

Benavides, Benavides & Crespo (2018), al referirse al derecho a la defensa, afirma que es de carácter técnico, ejercitado por un letrado, que garantice la igualdad de armas de los intervinientes en el proceso penal en el sistema acusatorio vigente.

Por lo que, los operadores de justicia en materia penal, deben comprender con claridad, que garantizar el derecho a la defensa en el proceso penal, es *ineludible, en particular cuando se refiere al procesado, tomando en cuenta los fines del proceso penal en el sistema acusatorio oral adversarial, que según la concepción de Viada Bardaji, considera “esa finalidad que parece perfectamente coherente con la vigencia de un sistema procesal propio de un sistema político democrático, obliga en mi opinión a establecer un modelo de proceso que garantice hasta donde eso sea posible en la elaboración de una norma humana las posibilidades de defensa individual frente a las acusaciones que reclaman una acusación de naturaleza penal”.* (Estupiñán, et al., 2020).

En esta misma línea, Armenta Deu (2014), expresa que, el sistema acusatorio se basa en los principios de igualdad, audiencia y contradicción y que el derecho de defensa del procesado consiste en el libre acceso al proceso, su

no incriminación y a ser patrocinado por un abogado o defenderse por sí mismo.

Por las consideraciones expuestas, el derecho a la defensa del procesado, en la primera etapa del proceso penal ordinario, tiene que verificarse en cada uno de los actos procesales por parte de los sujetos procesales y por el juez como garantista de derechos, considerando que está vigente un estado constitucional de derechos y justicia, donde se debe aplicar las normas legales, constitucionales y de los convenios internacionales de derechos humanos, para que el cumplimiento del debido proceso, sea real en cada uno de los casos, en los que se investigan delitos del ejercicio público de la acción.

En esta misma línea, se afirma, que le corresponde al juzgador garantizar a los sujetos procesales el principio de igualdad de armas, en cada una de sus actuaciones en el proceso penal, materializándose así el derecho de defensa del sujeto activo de la infracción, de manera integral. (Benavides, et al., 2018). Es por esto que la garantía del derecho de defensa, son los operadores de justicia penal, quienes tienen la obligatoriedad de permitir que el procesado la ejercite sin limitaciones, excepto que no lo haga en cuanto a la defensa material, a pesar de darle todas las facilidades procesales para hacerlo.

Atendiendo a lo anteriormente expresado se planteó como objetivo del estudio realizado, analizar jurídicamente la instrucción fiscal en el proceso penal, a fin de evidenciar la vulneración del derecho de defensa como garantía del procesado.

METODOLOGÍA

Esta investigación se desarrolla mediante un método descriptivo, por cuanto se realiza un análisis sobre la instrucción fiscal y la vulneración del derecho de defensa del procesado y sus consecuencias jurídicas, mediante la revisión de la doctrina, la jurisprudencia y la observación directa de las audiencias que se llevan a cabo en la primera etapa del proceso penal.

Además, en la presente investigación se utiliza el método socio-jurídico, por la repercusión social, ya que el problema planteado afecta a los procesados y la sociedad en general, y por ende deben ser conocedores de sus derechos y garantías que deben respetarse en la primera etapa del proceso penal ordinario. Se utilizan además los métodos hermenéutico y deductivo, por cuanto el problema se lo estudia con un enfoque general para finalizar expresando sus conclusiones particulares, partiendo de estudios anteriores, actuales, criterios de expertos y el análisis de los casos concretos. Además, se aplica el método exegético, el cual permite hacer un análisis e

interpretación de las normas jurídicas que regulan el tema materia de esta investigación.

En este estudio se consideró como población a las personas procesadas en contra de las cuales se ha iniciado una instrucción fiscal, pero que se delimita a la observación y análisis de casos concretos, los cuales constituyen la muestra de esta investigación, siendo esta investigación de campo la que permite evidencia la vulneración de esta garantía.

La técnica utilizada en esta investigación es el análisis de casos concretos en los que se evidencia la violación del derecho de defensa del procesado en la instrucción fiscal; y, el instrumento para obtener los datos cuantitativos y cualitativos es la ficha de observación, obteniendo una información relevante para este estudio.

La problemática planteada en la investigación es abordada con un enfoque cualitativo, mediante el cual se analiza que en la instrucción fiscal se violenta el derecho de defensa del procesado, ocasionando indefensión y por ende nulidad procesal. Se examina jurídicamente que el hecho de darle la palabra al procesado, como derecho a la última palabra, en cada una de las audiencias que se desarrollan en la instrucción fiscal, ya sea que se le niegue la petición por el juzgador o por decisión propia del juez, violenta el derecho a la defensa del procesado material, así como cuando el abogado de su elección y confianza o el defensor público que desconocen el Derecho Penal y las demás ciencias jurídicas que se relacionan con el mismo, dichas actuaciones también generan indefensión del procesado.

DESARROLLO

El derecho de defensa ha ido evolucionando a lo largo de la historia de la humanidad, tomando en cuenta que la sociedad sufre permanentemente un cambio, en particular por el avance de la ciencia y la tecnología, lo cual le permite al legislador dictar leyes que garanticen el orden social y se alcance la felicidad de sus miembros.

En este sentido, Ferrejoli (2017), afirma que *“es evidente que en la actual era de la globalización caracterizada por el desplazamiento de los poderes, políticos y económicos, públicos y privados, más relevantes, fuera de las fronteras nacionales, tales presupuestos han llegado a ser absolutamente insostenibles. Por eso la necesidad de desarrollar, junto al clásico constitucionalismo y garantismo liberal y como adición al constitucionalismo y al garantismo social, de un lado, un constitucionalismo y garantismo de derecho privado, del otro, un constitucionalismo y un garantismo de derecho supranacional”*. (p. 247)

En este contexto, es preciso señalar que si bien es cierto, que en la mayoría de países, el Derecho Penal se ha constitucionalizado, ese hecho, en la actualidad resulta insuficiente, por cuanto la exigencia de la sociedad en base al avance de la ciencia y la tecnología, en relación a la igualdad que debe existir entre todos los seres humanos, va más allá, es decir, que los derechos fundamentales de las personas a más de estar garantizados por las normas constitucionales, es prioritario que sean protegidos por normas supranacionales, emanadas de organismos internacionales que velan por el bienestar del ser humano en el mundo, disposiciones jurídicas que deben ser orientadas a reconocer y garantizar los derechos fundamentales en todos los países miembros de la comunidad mundial.

Zaffaroni (2017), al referirse a la humanización del Derecho Penal, expresa que “es urgente desarraigar el temor referencial a la ley que está por debajo de la Constitución y del derecho internacional, para invertir racionalmente los términos: la ley intocable debe ser invariablemente la suprema (nacional e internacional). Solo eliminando las últimas consecuencias de este obstáculo se logrará una profunda constitucionalización e internacionalización del derecho en general, en particular del derecho penal” (p.74). Por lo que, es prioritario que los operadores de justicia en materia penal, que deben ser los que tienen mayor probidad y conocimiento científico jurídico en relación con los juzgadores, apliquen la jerarquía de las normas y realmente se realice la justicia en esta materia, en base a las normas nacionales y supranacionales que se encuentran vigentes y así garantizar los derechos de los sujetos procesales y en particular del procesado que es el más desprotegido en el proceso judicial.

En este orden de ideas, a nivel universal ya existen normas jurídicas que protegen los derechos esenciales de las personas, las cuales rigen para todos los países que las suscribieron, las aprobaron y ratificaron, en un momento histórico determinado y que constituyen antecedentes jurídicos relevantes para la humanidad, para que, en un futuro próximo, el convivir diario del ser humano, exija otras normas que garanticen su igualdad formal y material.

Es entonces, que el derecho de defensa en materia penal, que es el área jurídica más sensible porque hay controversia entre la víctima y el procesado, donde está en discusión la violación de un bien jurídico protegido, que en la actualidad se encuentra regulado en Ecuador, en el artículo 4 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), que expresamente dispone: “Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución

de la República y los instrumentos internacionales”. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Esto tiene concordancia con lo que dispone el artículo 13.1 del referido cuerpo legal, donde al hacer referencia a la interpretación de la norma penal, ordena que su interpretación debe ajustarse a las normas constitucionales y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

De lo analizado, se llega a determinar con claridad, que el Derecho Penal, se encuentra constitucionalizado, en tal sentido el artículo 76.7 en todos sus literales de la Constitución de la República (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), regulan sobre el derecho de defensa, donde se desarrolla cada uno de los aspectos jurídicos que comprende esta garantía, tiene jerarquía constitucional, siendo lo más relevante el derecho que tiene toda persona a la defensa en todo el procedimiento judicial, y al hacer referencia al procesado, dispone que el derecho a la defensa se inicia desde la investigación previa y durante todo el proceso jurisdiccional, esto significa hasta la misma ejecución de la sentencia, si es condenatoria en contra del sujeto activo de la infracción penal.

En tal sentido, los operadores de justicia penal, tienen la obligación de garantizar el derecho de defensa del procesado de manera integral, es decir permitiéndole el acceso a la justicia en un tiempo oportuno hasta la ejecución misma de la sentencia, con la intervención permanente de un abogado particular de su confianza y libre elección, o en el caso de no tener las facilidades económicas para contratarlo, se le designe un defensor público o de oficio como se lo denomina en otras legislaciones, que es el que asume la defensa técnica del procesado; pero es de importancia considerar que el derecho a la defensa tiene otro elemento y que el juzgador debe tomarlo en cuenta en todo el procedimiento jurisdiccional.

El derecho a la defensa material, la ejercita exclusivamente el procesado y que tiene relación con el que se le imputa, por lo que en cada una de las audiencias que se desarrollan en el proceso penal y en particular en la instrucción fiscal, a petición de parte o de oficio, se le prestara las facilidades al procesado para que materialice el derecho a la defensa material, sin ninguna limitación ni restricción ni vulneración de sus derechos fundamentales, como dispone el artículo 77.7 de la Constitución de la República que expresamente dispone: “*El derecho de toda persona a la defensa incluye: a) Ser informado, de forma previa y detallada, en su lenguaje propio y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento; b) Acogerse al silencio; y, c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que*

puedan ocasionar su responsabilidad penal". (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Nieva Fenoll (2013), al referirse al derecho a la defensa del procesado, expresa que "no debe perderse de vista que también se produce en el sistema acusatorio una desigualdad- en la mayoría de los casos- entre las posibilidades de defensa del ius puniendi estatal, por un lado, y las que habitualmente puede tener un ciudadano individual. En consecuencia, nunca se podrá dejar de lado que el reo es, casi siempre, la parte débil del proceso penal". (p. 91) En tal sentido, el juzgador como garantista de derechos y el abogado defensor del procesado, son los llamados a evitar que se vulnere esta garantía que le asiste al sujeto activo de la infracción penal, considerando que se encuentra regulado por la ley, la Constitución de la República y los convenios internacionales de derechos humanos, es decir que se considera que el Derecho Penal se encuentra constitucionalizado e internacionalizado.

Siendo coherente con lo expresado en el párrafo anterior, Nieva Fenoll (2013), agrega que: "*parece que una actividad jurisdiccional dirigida a colaborar en ese esclarecimiento de los hechos no tendrá que perjudicar a dicha defensa, sino que serviría para que la actividad probatoria de todo el proceso se orientara decididamente hacia la averiguación de la realidad*". (p. 145). Es decir que, en la búsqueda de los elementos de convicción, para llegar a establecer el delito y la participación del procesado en la instrucción fiscal, debieron ser investigados de manera objetiva por el fiscal, sin que por ninguna circunstancia se limite el derecho a la defensa del procesado, porque aquello generaría su indefensión con los efectos jurídicos que establecen las normas jurídicas y la jurisprudencia nacional e internacional.

En este mismo sentido, se afirma que el derecho de defensa nace desde que una persona es privada de su libertad y por ende debe ser asistido por un letrado de su confianza o por un defensor que le otorgue el Estado que se denomina defensor público y en otras legislaciones defensor de oficio. En la misma línea Gimeno Sendra (2015), al referirse al derecho de defensa, expresa que "*es un derecho fundamental de todo investigado a acceder al proceso penal, tan pronto como se le atribuya la comisión de un hecho punible*". (p.277)

En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997), al referirse al derecho a la defensa del procesado, expone que "*el derecho de toda persona 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,*

en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra".

Con referencia a lo anterior, cabe afirmar que el procesado, considerando el principio de intimación, tiene derecho a que se le informe sobre los cargos formulados en su contra por parte del titular del ejercicio público de la acción, desde el momento mismo de privarle del derecho a la libertad en delito flagrante o desde que se le inicia una investigación previa o un proceso penal, garantizándole siempre el derecho a la defensa en base a las normas jurídicas nacionales y supranacionales aplicables a cada caso concreto. En este sentido, Ferrajoli (2017), al referirse a las garantías constitucionales, afirma que son las que se encuentran impuestas por el Estado, para que sean respetadas y consideradas según la jerarquía de las normas jurídicas aplicadas en su contexto.

Por lo analizado anteriormente, y considerando lo que dispone el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas, 1948), donde se afirma que el derecho a la defensa debe ser garantizado en base al principio de igualdad, por lo que toda persona debe ser oída públicamente por un tribunal independiente e imparcial, en cualquier acusación de carácter penal. De otra parte, y de manera concordante el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas, 2004), dispone que: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, garantizando a ser informada de manera integral y oportuna con la acusación iniciada en su contra, a disponer del tiempo y los medios necesarios para ejercitar la defensa, a contratar un abogado de su libre elección o que se le designe uno de oficio sin costo alguno, a estar presente en el proceso judicial para ejercitar el derecho de defensa, es decir, en pleno respeto de sus derechos fundamentales, los cuales deben ser garantizados por el juzgador en aplicación del bloque de constitucionalidad y de las normas supranacionales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en noviembre de 1969, en vigencia de julio de 1978 y ratificada por el Ecuador el 8 de diciembre de 1977, garantiza el derecho a la defensa, expresando que toda persona tiene derecho a ser oída dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, a que se le conceda al inculcado el tiempo suficiente y los medios adecuados para preparar su defensa, a que asuma la defensa personalmente o a ser asistido por un defensor técnico de su elección o por uno que le otorgue el estado, derecho a la prueba, a obtener resoluciones motivadas, derecho a impugnar o derecho a recurrir del fallo ante un tribunal superior. Es

decir que el derecho a la defensa del procesado nace desde que se inicia la investigación en su contra, durante todo el proceso penal e incluso hasta la ejecución de la sentencia, durante todo lo cual debe ser asistido por un letrado e intervenir en las audiencias en ejercicio de la defensa material.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el derecho de defensa, es una garantía muy amplia que beneficia al procesado, cuando en su contra se inicia una instrucción fiscal por parte del titular del ejercicio público de la acción, y que únicamente puede iniciarla cuando tiene los elementos de convicción suficientes, tendientes a establecer la existencia de la infracción y la participación del procesado, ya sea como autor directo, mediato o coautor, o también como participe que en este caso sería en su calidad de cómplice, por haber cooperado con actos anteriores o simultáneos a la ejecución del delito, por lo que en tal circunstancia le corresponde iniciar la primera etapa del proceso penal, mediante una audiencia pública y contradictoria ante el juzgado competente, imparcial e independiente, en cuya diligencia el fiscal de manera categórica hará referencia al presupuesto fáctico, la norma legal que tipifica y sanciona, el grado de participación criminal del o de los procesados y la voluntad de iniciar la instrucción fiscal en su contra y de manera adicional tiene la obligación de solicitar o no las medidas cautelares personales o reales, que creyere convenientes en cada caso concreto.

Por lo dicho, y si bien el fiscal es el titular del ejercicio público de la acción, este operador de justicia está en la obligación de velar por el respeto de los derechos y garantías de los intervinientes en el proceso penal, y por ende del procesado, pues una vez que decide iniciar la instrucción fiscal, en el plazo legal que dure la misma, ya sea en delitos flagrantes, no flagrantes o de tránsito, tiene la facultad o atribución de buscar los elementos de convicción de cargo y de descargo respecto del procesado, en cumplimiento del principio de objetividad, el cual le condiciona al fiscal a que haga una investigación integral, con la finalidad de llegar a descubrir la verdad procesal o material, todo ello, en estricto cumplimiento del debido proceso y de manera concreta, garantizado el derecho a la defensa del sujeto activo de la infracción, en toda su extensión es decir según lo que establecen las normas

nacionales y supranacionales, así como la jurisprudencia y la doctrina aplicable a cada caso concreto

En este contexto, le corresponde al titular del ejercicio público de la acción, conjuntamente con el juez, garantizar el derecho a la defensa durante la primera etapa del proceso penal, evitando la indefensión del procesado, es decir que durante la investigación se le notificara con cada una de las diligencias procesales que disponga el fiscal, a fin de que el procesado haga uso del derecho a la defensa en conjunto con su abogado defensor, así como también en cada una de las audiencias que se lleven a cabo durante la instrucción fiscal, ya sea en la de formulación de cargas, reformulación de cargos, de vinculación a otros procesados, así como para resolver sobre la revocatoria, suspensión o sustitución de la prisión preventiva; es preciso mencionar que en las audiencias antes referidas, el juzgador al no permitirle al procesado intervenir en cada una de sus audiencias públicas y contradictorias, en uso del derecho a la última palabra y al derecho a la defensa material, lo cual genera indefensión, aspecto que debe ser evitado, para que se materialice el derecho a la defensa a plenitud

De lo analizado anteriormente, se llega a establecer que el derecho de defensa del procesado, surge con el acceso mismo a la justicia, en un tiempo oportuno, donde se privilegiara la publicidad, el derecho a la prueba, sometida a los principios de contravención e inmediatez, donde el juez puede suplir las pruebas de los sujetos procesales de manera excepcional, como así se encuentra regulado en otras legislaciones de países europeos, no así en Ecuador que es facultad exclusiva de los sujetos procesales. Además, el derecho de defensa comprende intervención en todas las audiencias que se desarrollan en el proceso penal con intervención de su abogado defensor técnico y si así fuere su voluntad ejerciendo la defensa material con su intervención directa, a obtener una sentencia debidamente motivada es decir con el correspondiente sustento jurídico en que se basa el juzgador para dictarla. El derecho a la defensa además se extiende con lo que tiene que ver con el derecho a recurrir de la sentencia e incluso a la ejecución de esta. En este sentido amplio, el procesado siempre debe estar asistido por un abogado de su confianza y libre elección, como se demuestra en la figura 1.

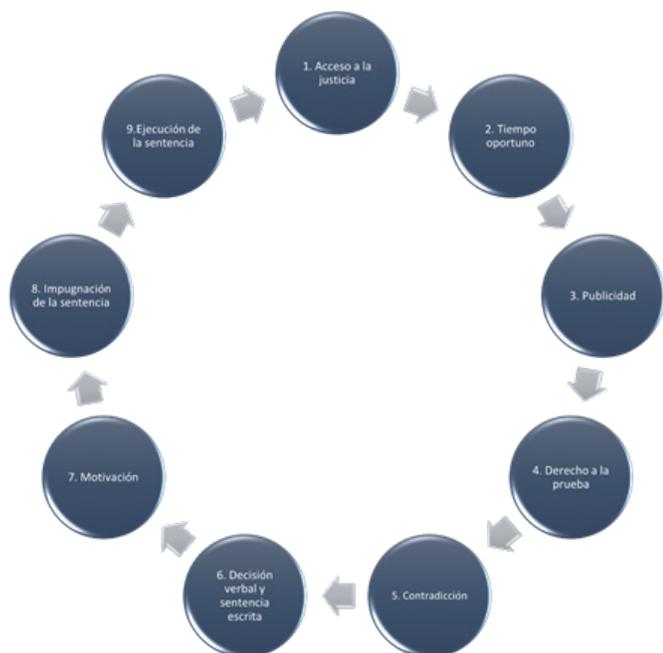


Figura 1. Derecho de defensa constitucionalizado e internacionalizado.

En este contexto, el derecho de defensa es tan amplio, que abarca toda la investigación de carácter penal, es decir desde que se priva de la libertad al individuo o tiene conocimiento de la investigación que debe ser notificada por el fiscal, hasta la ejecución misma de la sentencia, como se deja demostrado en el esquema anterior, comprendiéndose que es una garantía fundamental que debe ser respetada cabalidad por los intervinientes en la instrucción fiscal, que es el objeto de estudio y análisis de esta investigación.

Zagrebelsky (2011), afirma que “tales principios expresan importantes y muy valorados conceptos, como la igualdad, la libertad, la justicia, la solidaridad, la persona y la dignidad humana, etc., pero el contenido de estos conceptos, es decir su concepción, es objeto de inagotables discusiones...deben constituir, una suerte de sentido común del derecho, el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico, la condición para resolver los contratos por medio de la discusión y no a través de la imposición”. (p.123)

Uprimmy (2014), al referirse a la constitucionalidad del proceso penal, afirma que las normas constitucionales son las que permiten interpretar las normas legales de carácter procesal, considerando las garantías reguladas por la Constitución, los tratados de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, todo aquello en estricto respeto de los derechos humanos, donde el

jugador es el responsable de la materialización respecto de la constitucionalización del proceso penal.

En este contexto, y considerando que el Derecho Penal y Procesal Penal, se encuentran constitucionalizados e internacionalizados, donde deben respetarse los derechos humanos de los justiciables en aplicación de los convenios internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, una vez constatado que en las diferentes audiencias que se llevan a cabo en la instrucción fiscal, se concluye que de las observaciones hechas en unidades de la Función Judicial de Quito, si bien es cierto que el procesado estuvo asistido en las audiencias observadas, su abogado defensor particular o un defensor público, en ninguna de ellas se verificó que el procesado haya hecho uso del derecho a la defensa material, tomando en cuenta que es este sujeto procesal el único que puede hablar de los hechos en beneficio de su defensa. En la figura 2 se verifica lo expresado.



Figura 2. Defensa técnica en las audiencias de la instrucción fiscal 2019.

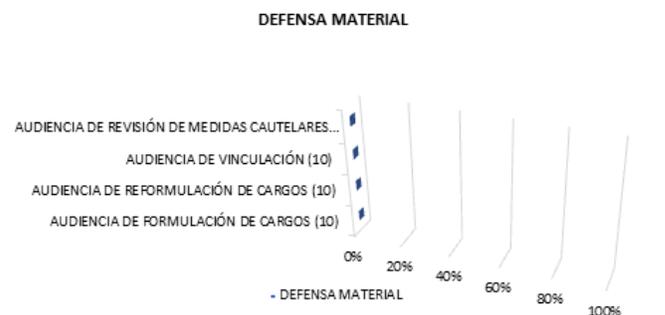


Figura 3. Defensa material en las audiencias de la instrucción fiscal 2019.

En la figura 2 se demuestra con claridad que el procesado en las diferentes audiencias que se realizan en la instrucción fiscal tiene una asistencia del 100% de las mismas; mientras que, en las mismas diligencias antes referidas el procesado al no haber sido escuchado no ha podido ejercer el derecho a la defensa material como se demuestra en la figura 3 con una asistencia del 0%.

En el presente artículo, se llega a determinar que el derecho de defensa del procesado en la instrucción fiscal, según las normas legales, constitucionales y de los convenios internacionales de derechos humanos, así como lo que regula el derecho internacional humanitario, es prioritario que el sujeto activo de la infracción, pueda defenderse de manera integral, lo cual no solo significa que tiene derecho a un abogado de su elección y confianza, que es el que hace la defensa técnica, si no es de relevancia que se le permita realizar la defensa material, que tiene relación con los hechos y no con el derecho, por lo que es de mucha relevancia ser escuchado en cada una de las audiencias que se llevan a cabo en esta primera etapa del proceso penal ordinario.

Ante la situación planteada, Guerrero (2004), afirma que el inicio del proceso penal en contra del procesado, debe hacerlo el fiscal, ante un juzgado competente, a fin de que ejercite el derecho de defensa en cada una de las diligencias procesales; el juez tiene la obligación de garantizar los derechos fundamentales para evitar arbitrariedades por parte del titular del ejercicio público de la acción, en aplicación del bloque de constitucionalidad en el proceso penal.

En el presente estudio, se llega a determinar que en la administración de justicia penal, si bien está vigente un estado constitucional de derechos y justicia, no es menos cierto que el bloque de constitucionalidad del proceso penal, sigue teniendo falencias, las cuales inciden en la realización de cada una de las diligencias procesales que se practican en la instrucción fiscal, donde a la defensa material no se la considera importante en beneficio del procesado y que es insuficiente que tenga un abogado de su libre elección para que haga valer sus derechos ante los fiscales y juzgadores, lo que hace que a mi criterio es de trascendental importancia que la legislación ecuatoriana considere como parte suya, el constitucionalismo y el garantismo del derecho supranacional, para evitar una justicia arbitraria, que al ser calificada como tal por los organismos internacionales, genera una deslegitimación de la justicia penal, así como la condena al Estado en todo lo referente a la reparación de los daños ocasionados en franca violación de los derechos humanos.

En este orden de ideas, el Derecho Penal y Procesal Penal, deben ser entendidos en su contexto, considerando que en el mundo impera la globalización de las normas jurídicas, en especial aquellas que garantizan la plena vigencia de los derechos humanos de las personas, y en particular de la parte más débil de la relación jurídico-penal, que es el procesado, y que al tener una práctica arbitraria en la realización de la justicia penal inobservando ciertas normas internacionales, lo cual genera asuntos

controvertidos para el país y por ende para los demás estados que forman parte de la comunidad mundial, porque el juzgamiento penal a una persona sin respetar sus derechos y garantías, enerva a los seres humanos del mundo, considerando que a pesar de vivir en un mundo civilizado, se materializa una justicia perversa, inquisitiva, ilegítima, arbitraria y que afecta al convivir pacífico de la sociedad.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, cabe mencionar que en el mundo de la ciencia jurídica, y en particular del Derecho Penal, que se aplica por parte de los operadores de justicia en contra de una persona que supuestamente ha cometido un delito, es decir que su accionar violento una norma penal, y que ese acto al ser antijurídico lesiona un bien jurídico protegido, en perjuicio de la víctima y que luego de la investigación se descubre a un culpable, si todo esto es realizado en violación a sus derechos humanos, y en particular incumpliendo el derecho a la defensa del procesado, destruye la verdadera justicia penal que debe imperar en todo conglomerado social, creando una forma de proceder que altera un ordenamiento jurídico vigente, que es inaceptada por la comunidad mundial.

En tal sentido, cabe analizar que el derecho de defensa del procesado en la instrucción fiscal, es de mucha valía jurídica en el proceso penal, por lo que ninguna institución que represente a la sociedad en la investigación de delitos del ejercicio público de la acción, está investido de supuestas facultades que el Derecho no le ha otorgado, y es más que es de importancia considerar que todo lo que está regulado por el bloque de constitucionalidad y el garantismo de derecho supranacional, que debe ser aplicado en el proceso penal, es el pilar fundamental en una administración de justicia universalmente vigilada, que no va únicamente en beneficio del Estado que ejerce el *ius puniendi*, sino de la sociedad que es la voz suprema en el convivir de la comunidad mundial.

CONCLUSIONES

El derecho de defensa del procesado en la instrucción fiscal, debe ser ejercido sin ninguna limitación de ningún orden, de conformidad con las normas jurídicas nacionales y supranacionales, la jurisprudencia y la dogmática penal, considerando que la defensa técnica la efectiviza su abogado defensor, quien hace hincapié desde el punto de vista jurídico, siendo el procesado el único que puede efectivizar la defensa material refiriéndose a los hechos de manera exclusiva, los cuales forman parte de la formulación de la acusación, aspecto que no puede ser violentado so-pena de generar indefensión, con los efectos jurídicos consiguientes.

Al ser una facultad exclusiva del fiscal dirigir la investigación en la primera etapa del proceso penal ordinario, donde se busca los elementos de convicción de cargo y descargo en relación al procesado, por lo que es de mucha relevancia, que en cada una de las diligencias procesales dispuestas por el titular del ejercicio público de la acción o por del juzgador de la causa, se haga respetar el derecho de defensa, tanto técnica como material del procesado, en cumplimiento del debido proceso.

Del análisis dogmático y de la observación realizada de manera directa en las audiencias que se desarrollan en la instrucción fiscal, se llega a establecer que en todas aquellas interviene un abogado defensor del procesado, particular o público, pero que en cuanto a la defensa material, se evidencia que no interviene este sujeto procesal, ni el juzgador le pregunta si desea intervenir antes que concluya una audiencia, violándose así el derecho de defensa material, al no considerar que el proceso penal se encuentra constitucionalizado e internacionalizado.

El derecho de defensa del procesado, tiene un alcance jurídico amplio, que es evidenciado desde el mismo momento en que es privado de su libertad ya sea mediante una aprehensión en delito flagrante o mediante orden de detención para fines de investigación dispuesta por un juez competente, y que se extiende hasta la ejecución misma de la sentencia. En consecuencia, le corresponde al juzgador en un sistema constitucional de derechos y justicia, garantizar el derecho de defensa en su integralidad en estricto cumplimiento de las normas legales, constitucionales y supranacionales que regulan el desarrollo del proceso penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Armenta Deu, T. (2014). Estudio de justicia penal. Marcial Pons.
- Benavides, M., Benavides, E., & Crespo, L. (2018). Derechos, garantías y principios constitucionales y su aplicación en el proceso penal. Cevallos Librería Jurídica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997). Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua Sentencia de 29 de enero de 1997 (Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N. 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N. 180. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf
- Estupiñán Ricardo, J., Vaca Rosado, V. M., Piedra Fernández, J., & Mantilla Martínez, S. (2020). Importancia de la investigación jurídica para la formación de los profesionales del Derecho. Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores, 7.
- Ferrajoli, L. (2017). Cultura jurídica y paradigma constitucional: la experiencia italiana del siglo XX (Vol. 2). Palestra editores.
- Gimeno Sendra, V. (2015). Derecho Procesal Penal. Aranzadi S.A.
- Guerrero, O. (2004). El juez de control de garantías, en: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Escuela Judicial Rodrigo Lara.
- Nieva Fenol, J. (2013). La duda en el proceso penal. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. ONU. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Organización de las Naciones Unidas. (2004). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ONU. Naciones Unidas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2845.pdf>
- Uprimmy, R. (2004). Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal en: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Escuela Judicial Rodrigo Lara.
- Zaffaroni, E. (2017). Derecho, Derecho penal humano y poder financiero. Conferencias de Guatemala. Vemanso: http://www.matiabailone.com/dip/Zaffaroni_Derecho_Penal_Humano_Poder_Financiero_Rosario_2017.pdf
- Zagrebel'sky, G. (2011). El derecho dúctil, ley, derechos, justicia. Editorial Trotta.