

# 25

## LA INSTRUCCIÓN FISCAL Y EL DERECHO DE DEFENSA COMO GARANTÍA DEL PROCESADO

### THE PROSECUTION AND THE RIGHT OF DEFENSE AS A GUARANTEE FOR THE ACCUSED

Merck Milko Benavides Benalcázar<sup>1</sup>

E-mail: [ui.merckbenavides@uniandes.edu.ec](mailto:ui.merckbenavides@uniandes.edu.ec)

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

Luis Andrés Crespo Berti<sup>1</sup>

E-mail: [ui.luiscrespo@uniandes.edu.ec](mailto:ui.luiscrespo@uniandes.edu.ec)

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

Teresa De Jesús Molina Gutiérrez<sup>1</sup>

E-mail: [ui.teresamolina@uniandes.edu.ec](mailto:ui.teresamolina@uniandes.edu.ec)

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

<sup>1</sup> 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 Conrado*, 16(S1), 184-188.

#### 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. 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 in 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 are those convened by the judge to review the precautionary measures. 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

Este artículo tiene como objeto de estudio, la instrucción fiscal y el derecho a la defensa como garantía del procesado, el cual se encuentra regulado en las normas supranacionales, constitucionales y legales vigentes, centrándose a establecer si en la primera etapa del proceso penal ordinario, se estaría presuntamente violentando el derecho de defensa del procesado, en cada una de las audiencias públicas y contradictorias, que son posibles desarrollarse en esta etapa del proceso penal, considerando que esta garantía es de dos clases, la defensa técnica que la realiza el abogado defensor del procesado que es de su confianza y libre elección y la defensa material que la ejerce exclusivamente el procesado refiriéndose a los hechos, por lo que el juzgador que es el director de las audiencias, tiene la obligación de preguntarle al procesado si quiere intervenir en la audiencia y de ser afirmativa la respuesta el juez le escuchara, caso de negarle su petición, se le genera una indefensión total, siendo este fenómeno jurídico últimamente indicado, el que ocurre en la mayoría de las audiencias que se desarrollan en la instrucción fiscal.

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 materializar 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. Se entiende por derecho a la defensa “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”. (Gimeno Sendra, 2015, 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 (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 deben 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.

En este orden de ideas 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.

En esta misma línea, Armenta Dea (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. 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.

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.

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 evidenciar 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.

## 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, Ferrajoli (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”*. 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”*. 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 (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, que es el derecho a la defensa material, que 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: *“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.

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en noviembre de 1969, en