

ARTÍCULO CIENTÍFICO
CIENCIAS SOCIALES

La modificación de la Ley de Procedimiento Penal y la defensa de oficio en el Ecuador

The Lawyer ex officio according to the modification of the Criminal Procedure Law

Alfaro Matos, Marvelio^I; Provance Labrada, Luis Manuel^{II}; Quevedo Arnaiz, Ned Vito^{III}; García Arias, Nemis^{IV}

^I. us.marvelioalfaro@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, extensión Santo Domingo, Santo Domingo, Ecuador

^{II}. iprovance@uho.edu.cu. Carrera de Derecho, Universidad "Oscar Lucero Moya", Holguín, Cuba.

^{III}. us.nedquevedo@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, extensión Santo Domingo, Santo Domingo, Ecuador

^{IV}. us.nemisgarcia@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, extensión Santo Domingo, Santo Domingo, Ecuador

Recibido: 31/10/2019

Aprobado: 15/11/2019

Como citar en normas APA el artículo:

Alfaro Matos, M., Provance Labrada, L. M., Quevedo Arnaiz, N. V., y García Arias, N. (2019). La modificación de la Ley de Procedimiento Penal y la defensa de oficio en el Ecuador. *Uniandes Episteme*, 6 (Especial), 1100-1115.

RESUMEN

La Defensa de Oficio es importante porque existen acusados que dada su situación económica y procesal requieren la representación de estos abogados, para que se logre garantizar el principio de igualdad para el acusado. La legislación procesal vigente no es lo suficientemente previsor ni reguladora de la institución de abogado de oficio que permita el desarrollo de una verdadera defensa técnica con los derechos y garantías establecidos para un juzgamiento apegado al debido proceso penal. Por ello se traza como objetivo revelar las limitaciones legales y objetivas que presentan en la práctica los abogados de oficio, de modo que permita brindar una solución a esta problemática. Se utilizó un diseño mixto no experimental transversal, para recolectar la información se siguió un procedimiento investigativo descriptivo – argumentativo, con métodos empíricos como el análisis de documentos, principalmente de la Constitución y otras bibliografías referidas al tema. Como

principal conclusión se obtiene que la representación de oficio no garantiza el principio de igualdad en nuestro proceso penal pues el abogado llega al final de la fase intermedia, cuando el expediente está totalmente confeccionado y convertido en causa, con el derecho de proponer las pruebas que estime conveniente, las que prácticamente son nulas partiendo de que el expediente es confeccionado por el instructor dirigido por el fiscal, quien tiene la carga de la prueba acusatoria, aparejado a esto el acusado en la mayoría de los casos se entrevista con su abogado minutos antes del juicio oral.

PALABRAS CLAVE: Abogado de oficio; debido proceso; derecho de defensa; defensa de oficio.

ABSTRACT

The Defense of Office is important because there are defendants who, given their economic and procedural situation, require the representation of these lawyers, in order to guarantee the principle of equality for the accused. The current procedural legislation is not sufficiently foresight or regulatory of the institution of ex officio lawyer that allows the development of a true technical defense with the rights and guarantees established for a trial attached to the due criminal process. Therefore, the objective is to reveal the legal and objective limitations that ex officio lawyers present in practice, so as to provide a solution to this problem. A mixed non-experimental cross-sectional design was used, to collect the information a descriptive - argumentative investigative procedure was followed, with empirical methods such as document analysis, mainly of the Constitution and other bibliographies referring to the subject. As a main conclusion it is obtained that the representation of office does not guarantee the principle of equality in our criminal process because the lawyer arrives at the end of the intermediate phase, when the file is fully prepared and converted into cause, with the right to propose the evidence that it is convenient, those that are practically null, based on the fact that the file is prepared by the prosecutor-directed instructor, who has the burden of accusatory evidence, coupled with this the defendant in most cases meets with his lawyer minutes before of the oral trial.

KEYWORDS: Lawyer; due process; right of defense; defense of office.

INTRODUCCIÓN

La mayoría de los egresados licenciados en Derecho que hacen servicio social en un bufete colectivo, se adentran en el apasionante y quijotesco mundo de los asuntos penales ejerciendo la defensa de oficio. Y es lógica esta primera incursión porque aprenden desde temprano las dimensiones cualitativas de respeto y educación que debe tener un abogado en

el estrado de cualquier tribunal. Esto educa en el rigor de la auto preparación como medidor de las aptitudes, porque son los jueces quienes evalúan el desempeño; lo más grande que pueda aspirar un abogado es al respeto que por él sientan los magistrados.

La abogacía *“es profesión de lucha diaria, sin más armas que la Ley y la palabra y que obliga al estudio profundo y dominio de las técnicas jurídicas, sin posibilidad de dormirse en los laureles; todo ello acompañado de la erudición y la elocuencia. No hay mejor razón que la acompañada con la palabra y la gramática”* (Felipe, 2018). Si hay que resaltar alguna esencia de la abogacía, esa es la libertad, preceptuada en el artículo 2 del Decreto-Ley N° 81 de 1985 SOBRE EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA Y LA ORGANIZACIÓN NACIONAL DE BUFETES COLECTIVOS. *“El letrado ha de ser eminentemente libre, libertad que pasa por aplicar su libre convicción en la defensa de los intereses que le han sido confiados ajena a cualquier presión. La libertad le hará rechazar la indignidad”* (Consejo de Estado de la República de Cuba, 1984).

Respecto al abogado de oficio se puede afirmar *“que es de hidalgos el mantenimiento del turno de oficio, verdadero título de nobleza; en el que los Abogados prestan sus servicios para que los menos favorecidos dispongan de un valedor ante los juzgados y tribunales”*. El eminente procesalista italiano Francesco Carnelutti glosaba la profesión de abogado indicando que era la más difícil y la más peligrosa de las profesiones (Francesco, 2018).

La Defensa de Oficio es un tema que cuenta con gran actualidad para todos los operadores del derecho, ya que a diario, en el ámbito de las relaciones jurídicas penales existen acusados que dada su situación económica y procesal requieren la representación de abogados de oficios, cumpliéndose así el Derecho a la Defensa refrendado en la Constitución cubana en su artículo 59, situación que no por cotidiana ha permitido que dicho representante logre garantizar el principio de igualdad para el acusado, cuestión que se hace necesaria analizar para determinar los factores que no permiten su mejor desempeño y por qué no se garantiza con la institución del abogado de oficio los derechos y garantías propios de la parte acusada en el proceso y aparecen refrendados en dicha Carta Magna.

Este artículo será de gran importancia partiendo del análisis del Principio de Igualdad al valorar la institución del abogado de oficio en el proceso penal, donde el defensor comienza a jugar su rol representativo de los intereses del encausado en la Fase Intermedia o minutos antes de la celebración del juicio oral, hace que se ensombrezca y se limite todos los derechos y garantías que tutela este principio y la expresión de otros que coadyuvan a la seguridad jurídica, lo que se traduce en la cotidianidad de la práctica judicial, por lo que resulta necesario este análisis para la reflexión y búsqueda de solución a este acuciante problema.

Varios han sido los trabajos de diploma, artículos, escritos y publicaciones tanto en las provincias, como en el país que han tratado el derecho a la defensa, pero en esta ocasión se centrará en la institución del abogado de oficio y su regulación jurídica

en el país, pues la legislación procesal vigente no es lo suficientemente previsor ni reguladora de la institución de abogado de oficio que permita el desarrollo de una verdadera defensa técnica con los derechos y garantías establecidos para un juzgamiento apegado al debido proceso penal.

Además, la institución del abogado de oficio y su desempeño en el procedimiento penal, partiendo de las defensas realizadas en la práctica judicial, observando de que su función está completamente limitada a la actuación en la fase judicial o del Juicio Oral. De esta experiencia surge la interrogante, si su presencia en el procedimiento penal garantiza plenamente el principio procesal de igualdad entre las partes.

También se realizó un estudio algunas legislaciones foráneas que permitió conocer cómo se regula esta participación del abogado de oficio y la tutela a los derechos y garantías de la defensa de la parte acusada.

Por ello se traza como objetivo revelar las limitaciones legales y objetivas que presentan en la práctica los abogados de oficio, de modo que permita brindar una solución a esta problemática.

MÉTODOS

Para este trabajo se realizó un diseño mixto no experimental transversal, porque las variables se observaron tal como ocurrieron en su medio natural; la recolección de la información siguió un procedimiento investigativo descriptivo - argumentativo en la primera mitad del 2019. Para analizar las limitaciones legales y objetivas que presentan en la práctica los abogados de oficio. Se analizó varias fuentes bibliográficas para realizar el análisis de la investigación. Los datos aportados por los referentes bibliográficos utilizaron métodos empíricos como el análisis de documentos, principalmente de la Constitución y otras bibliografías referidas al tema.

La población para el estudio estuvo compuesta por los abogados que egresaron de la carrera de Derecho recientemente porque al iniciar su desempeño profesional inician su entrenamiento incursionando en las causas penales como abogados de oficio siendo los encargados de representar a las personas que no designan defensor. De esa población se escogió como muestra un grupo de 29 estudiantes egresados que realizan su servicio social en los Bufetes Colectivos de la Provincia Holguín y que actúan como abogado de oficio.

RESULTADOS

El turno de oficio es el sistema que muchos países establecen para garantizar el derecho a la asistencia y defensa jurídica de todos los ciudadanos. La garantía del derecho a la defensa

jurídica implica que todos los ciudadanos deben poder valerse del abogado, tengan o no recursos económicos para pagar sus servicios.

La Institución del Abogado de Oficio, reconocida y tratada a nivel mundial, aunque cada país con el sistema de enjuiciar que ha adoptado y en relación a su sistema político. La garantía de la defensa jurídica implica que un ciudadano sin recursos pueda acceder gratuitamente a un servicio del estado por el cual se le asigna un abogado y, en su caso, un procurador sin que tenga que pagar por ello. En este caso, a los abogados y procuradores que el Estado asigna de esta forma se les denomina abogados o procuradores de oficio.

El artículo 18 inciso c del Decreto-Ley N° 81 regula que dentro de las funciones inherentes al abogado se encuentra la de *ejercer las defensas penales de oficio de acuerdo con las normas establecidas al respecto*. La representación de oficio se cumple por la ONBC mediante el establecimiento de un turno de esa actuación de oficio entre los abogados de cada bufete, ello no presupone una erogación para el abogado ni tampoco para el bufete, pues el costo de esta actividad la sufragan los propios tribunales donde se efectúa. Las personas naturales que no puedan sufragar la contratación de un abogado y precisen de la representación letrada, los bufetes cuentan con un sistema de atención gratuita a estas personas de bajos ingresos (Jorge, 2001). No obstante, el objeto social de nuestra organización es la prestación de servicios jurídicos tanto a personas naturales como jurídicas, más la exención de pago de determinado contrato depende de la índole del asunto, siendo los más autorizados los trámites civiles de materia familiar por la importancia que tiene la familia como célula fundamental de nuestra sociedad.

El principio de igualdad como principio procesal

Según este principio, en el proceso "...las partes, aunque no sean iguales, sí deben tener iguales oportunidades (derechos procesales), es un derecho fundamental autónomo, consagrado genéricamente en la Constitución y más explícitamente en el derecho a un proceso con todas las garantías.

El principio de igualdad de partes o de igualdad de armas, siguiendo la doctrina alemana, supone que las partes intervinientes en el proceso penal -acusación y defensa deben de disponer de idénticos derechos procesales (fundamentalmente, de proposición y práctica de pruebas).

No obstante cabe destacar que este es un principio soñado, que se trata de buscar la mínima igualdad dentro del proceso pues durante la fase de investigación o sumarial, el principio de igualdad sufre un desbalance a favor del Estado, pues el imperio del proceder inquisitivo en esa etapa así lo condiciona, la desigualdad que se observa en esta primera fase del proceso es deliberadamente introducida por el legislador ya que este considera en la doctrina que con la propia comisión del delito el delincuente ha tomado una ventaja que el Estado debe

recuperar durante los primeros momentos de la investigación, al solo efecto de poder recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad

En la fase preparatoria o sumarial, resulta difícil establecer una igualdad entre el individuo y el Estado. En la fase inicial del proceso penal, el papel de la Fiscalía o Ministerio Público se sobredimensiona sobre el del inculcado no aplicándose en toda su extensión el concepto de igualdad. La única causa que puede justificar esta circunstancia tiene la finalidad de la averiguación de la verdad y, a nuestro criterio ello resulta insuficiente, en comparación con el contenido de los derechos que le corresponden al inculcado al adquirir el status de parte. El Estado como titular de un derecho contrapuesto introduce el elemento de desigualdad en la relación procesal, y con ello toma una posición preponderante frente al inculcado.

En igual sentido se ubica el derecho que se le otorga al imputado, en esta fase del proceso, de ser informado sobre las causas de la acusación, y obliga a la información a este, de todos sus derechos, y en particular los extremos que puedan resultar desfavorables, así como las razones de la detención.

Otro elemento en el cual se manifiesta la desigualdad antes apuntada y la subordinación de una parte a la otra, se encuentra en la potestad que posee el Instructor, y el Fiscal, en última instancia; de admitir las pruebas que proponga el acusado. El artículo 249 de la Ley de Procedimiento Penal, en su párrafo tercero otorga un grupo de derechos al encausado (condicionados a la imposición de una medida cautelar), y que entre ellos faculta al Defensor del acusado asegurado a entrevistarse con su defensor, que este revise las actuaciones, proponga diligencias y presentar documentos, no siendo así desde este momento para aquel que no tiene la posibilidad monetaria de designar abogado, viéndose sumido en la indefensión técnica. Esta facultad no resulta ilimitada y las diligencias propuestas no implican su obligatoria aceptación. Puede el Instructor o el Fiscal denegar la admisión de las mismas, debiendo para ello dictar resolución donde justifiquen las causas de la denegación de dichas pruebas. Ante esta situación, puede hacer el acusado, uso de los medios impugnatorios mediante el Recurso de Queja, que, como remedio procesal contra resoluciones interlocutorias, en la práctica se ha tornado poco aceptado. Realmente constituye ello una manifestación de la subordinación de los derechos de una parte a las facultades de un sujeto procesal o de la otra parte, provocando un desequilibrio en la relación procesal al verse impedido el acusado de interesar la aportación al proceso de los elementos sostenedores de su tesis de defensa o verificadores de su verdad respecto a los hechos que se investigan, además debemos tener en cuenta que la tardía proposición de diligencias por la parte acusada imposibilita en mucho de los casos la práctica de algunas que pueden arrojar resultados positivos para el encausado en la investigación, también se hace necesario destacar que no existe un solo precepto en toda la fase preparatoria que exija la presencia

del defensor durante la práctica de diligencias todo lo cual evidentemente debilita el principio de igualdad (Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, 1977).

En la fase de Juicio Oral, la igualdad entre las partes procesales, se manifiesta en su totalidad, imperando en todas las diligencias a practicar. Se desarrolla aquí el verdadero proceso entre partes ubicadas en igualdad de condiciones, las cuales enfrentan sus tesis en un terreno que le es imparcial. Se inicia la contienda con una acusación escrita y sustentada sobre una prueba articulada y a su vez controlada por la parte contraria, a la que se le opone a esta, un derecho de defensa individual que se sustenta en iguales pruebas de descargos, y en la posibilidad de intervenir en forma plena, en el acto donde se verifican cada uno de los elementos que sustentarán la decisión judicial.

Poseen tanto la Fiscalía como el Defensor del acusado, derechos de confeccionar escritos acusatorios y de defensa, aportar las pruebas que consideren oportunas, protestar las no admitidas como expresión impugnatoria que suplica la admisión y que sirve de base para establecer el ulterior Recurso de Casación contra la sentencia que le pone fin al proceso y resuelve el fondo del asunto, comparecer a Juicio, interrogar a sus testigos, peritos, repreguntar a los testigos de la parte contraria, examinar los documentos que se aporten y luego del trámite de conclusiones definitivas pronunciar su informe con los alegatos a fin de ilustrar al órgano jurisdiccional sobre el fundamento de cada una de sus tesis, aunque el hecho de que el abogado defensor llegue luego de prácticamente confeccionado el expediente; en caso de ser designado; o ya finalizando la fase intermedia para el de oficio debilita la posibilidad de preparación para el momento más importante e ilustrativo del proceso penal, el debate del juicio oral.

En este importante momento un aspecto que pudiera incidir en la igualdad de las partes, se encuentra en relación con la posibilidad objetiva que posee el acusado, de refutar y oponerse a la prueba pericial realizada. En el Juicio Oral puede ser examinado por las partes, el perito; respecto al resultado de determinadas pruebas periciales. No obstante, le resulta materialmente imposible al Defensor atacar aspectos de dicha prueba, desde el punto de vista de la formalidad de su práctica, el manejo del peritaje o la suficiencia respecto al resultado. No resulta materialmente posible, para la parte acusada oponer testigo experto, que se enfrente a la conclusión del peritaje realizado. No establece la ley prohibición en cuanto a ello, más en la práctica deviene imposible y sujeta a la parte, a la tiranía de la prueba pericial.

Otra de las circunstancias importantes a tomar en cuenta respecto a este principio es que no es posible hablar de igualdad ante la ley cuando los hombres no son iguales en la vida; la existencia de marcadas desigualdades económicas, y en esta situación cabe señalar y hacer referencia a aquellas personas que su condición social no les permite realizar la contratación de un abogado que los represente en el proceso y los iguale en derecho a la otra parte, pues una vez que se asegura al acusado con cualquiera de las medidas cautelares previstas en la

ley, donde comienza a ser parte en el proceso y conforme a los artículos 247 y 249 antes mencionadas puede utilizar las herramientas que la ley le permite, si no cuenta con la posibilidad monetaria de designar abogado y tiene que esperar que el tribunal, una vez que radique causa, designe uno de oficio, entonces podríamos decir que la justicia y el principio de igualdad le llegan tan tarde, que garantizan su quebrantamiento y la imposibilidad de poder hacer uso de las pocas posibilidades que la ley le permite para hacer valer sus derechos, este no podrá entrevistarse con su representante, proponer diligencias oportunamente, no podrá solicitar la modificación de la medida cautelar si lo considera pertinente, quedando frente al ministerio fiscal que es la otra parte en el proceso y velador por excelencia de la legalidad, en total grado de indefensión, lo que demuestra que dicha institución creada para que todo acusado tenga derecho a la defensa y consagrar la igualdad entre las partes sin importar su posición social, no garantiza los principios que se proclaman en el debido proceso penal (Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, 1977).

La desigualdad existente entre el Estado, como acusador y el individuo como acusado se trata de nivelar poniendo al servicio de la defensa la mayor cantidad de medios, fundamentalmente en materia probatoria; mediante el principio de presunción de inocencia, con la obligación impuesta al Fiscal de probar los hechos imputados y la exclusión de toda exigencia al acusado de probar su inocencia, así como mediante el carácter irrenunciable de la defensa técnica.

La originaria igualdad plena entre las partes, que se perdiera con el sistema inquisitivo, ha constituido una meta a alcanzar por las legislaciones más modernas, las cuales dirigen su regulación hacia el aumento de la igualdad entre las partes, desde el inicio mismo del proceso. Algo que aparecería como idea radical a finales del siglo XIX, tomo fuerza en la mitad de la siguiente centuria (Fernández Guerra, s/f).

El Estado como titular de un derecho contrapuesto estableció el elemento de desigualdad en la relación procesal, y con ello tomó una posición preponderante frente al inculpado. Ante esta situación han reaccionado las legislaciones modernas y han ido introduciendo fórmulas que permiten ir disminuyendo el abismo que existe en cuanto a la igualdad entre uno y otro sujeto. A tal efecto han tratado de extender a la fase sumarial las reglas de igualdad y contradicción. La expresión de ello que resulta mayormente empleada en estas legislaciones se ubica en la posibilidad de contar con brevedad, con una efectiva asistencia letrada.

La nueva Constitución cubana de 22 de diciembre de 2018, aunque no habla expresamente de igualdad procesal o igualdad de las partes, establece en su artículo 42 que todos sus ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes. De igual forma la ley de trámites procesales no se refiere de forma expresa a la igualdad de las partes, pero en la regulación que realiza del proceso penal, se pone de manifiesto el mencionado principio de igualdad. Al analizar el concepto de igualdad entre las partes de la relación procesal, no puede entenderse el mismo como concepto abstracto, sino que debe ser analizado a través de las

diferentes etapas del proceso, desde su nacimiento hasta su culminación. El estudio de la igualdad entre las partes se presenta de forma diferente en la fase sumarial, o preparatoria del juicio oral o en el propio juicio oral (Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, 2018).

Al analizar en la legislación cubana la igualdad de las partes en la fase preparatoria del juicio oral debe partirse desde el momento mismo de la detención del imputado y la posibilidad de contar con la asistencia letrada. Puede, por ley, estar el mismo sujeto a detención durante un periodo de hasta siete días, plazo en que no le está permitido acceder al auxilio de un defensor. Este resulta uno de los puntos criticados de la Ley de Procedimiento Penal cubana, puesto que incide en el desequilibrio entre las partes del proceso, y el derecho de defensa que le asiste al acusado (Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, 1977).

En una futura ley procesal deberá contemplarse esta posibilidad porque la sociedad cubana, que ha llegado a un grado de consolidación y desarrollo social, puede asimilar estos cambios que lejos de menoscabar el *ius puniendi*, fortalecería el Estado de Derecho.

El derecho a la defensa técnica

El derecho a la asistencia letrada está contenido entre los derechos de audiencia y defensa. Consiste básicamente en el derecho que tiene toda persona que está siendo o va a ser sometida a un proceso penal de contar con un defensor letrado, un profesional en el campo de las leyes, que le brinde asesoría y defensa oportuna desde el inicio del proceso hasta su culminación. Si por cualquier circunstancia el imputado no hubiese designado defensor, el Estado tiene el deber (correlativo al derecho de tener defensa profesional) de proveérselo de oficio. Nadie deberá enfrentar un proceso judicial solo, sin la ayuda de alguien que conociendo a fondo el derecho, tanto sustantivo como procedimental, le asegure una *defensa técnica* adecuada, proporcionada, razonable y oportuna.

Al respecto NÚÑEZ planteó: "*Previsiones tan exhaustivas y detalladas sobre la necesidad de la defensa técnica, al punto de considerarla un servicio público imprescindible, que se presta aun contra la voluntad del imputado, sólo pueden indicar que el Derecho procesal penal, de alguna manera muy particular, no considera al imputado suficientemente capaz para resistir la persecución penal estatal, pero también la privada por sí solo, salvo casos excepcionales; esto es, admite que no posee la plena capacidad para estar o intervenir en el procedimiento penal por sí mismo, con excepción del caso en el que se permite su autodefensa técnica*" (Nuñez Núñez, 2019). Por su parte VÉLEZ MARICONDE, citado por Domingo Cesar Martínez Servín, refiere: "*el defensor viene, así a completar o complementar la capacidad del imputado para estar en juicio penal y esa es la auténtica función que él cumple*" (Servín, 2017).

Dentro del ordenamiento procesal penal el derecho a la defensa es un presupuesto básico, un principio cardinal y una garantía constitucional; son fundamentos de la "igualdad de armas"

en el proceso. En su obra *La defensa penal*, ROSSI afirma que no puede haber represión válida sin la defensa del imputado. El derecho de contar con la tutela jurisdiccional para refutar la acusación se ejerce a través de un defensor, designado o de oficio, y es presupuesto indispensable que se deriva de la igualdad entre las partes y del principio de contradicción (Vázquez Rossi, 1982).

El acceso a la defensa está reconocido en el artículo 59 de nuestra Carta Magna, y también es proclamado por todas las legislaciones porque ha sido una preocupación de la comunidad internacional, refrendada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos; así como la Convención Americana de los Derechos Humanos (Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, 2018).

El procesalista VÉLEZ MARICONDE, según Alfonso Zambrano Pasquel, afirma que “*el Derecho de Defensa del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo con él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe; con cierto simplismo, que en este tema no es recomendable sino tan solo para lograr una aproximación a él, esas actividades pueden sintetizarse en: la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal*” (Zambrano Pasquel, 2014).

Prevé nuestra ley penal adjetiva el derecho de toda persona a tener un defensor letrado de su confianza en el proceso penal, sin importar la magnitud del delito atribuido ni las características personales del presunto delincuente; como dijera NÚÑEZ: “*empero, a más de la defensa material, la particularidad del procedimiento penal reside en la obligatoriedad de la defensa técnica. Nuestro derecho procesal penal únicamente, ha integrado la defensa del imputado tornando necesario, por regla, que él sea asistido jurídicamente. Ello se logra sin desconocer el derecho esencial del imputado de elegir un jurista que lo asesore y defienda (facultad de elección) desde el primer momento del procedimiento seguido en su contra*” (Nuñez Núñez, 2019). Por su parte VÉLEZ MARICONDE define como defensa técnica “*la asistencia jurídica que un jurista graduado brinda al imputado y su intervención, casi siempre autónoma, durante el procedimiento, procurando a favor del imputado*” (Zambrano Pasquel, 2014).

Al imputado debe garantizársele el derecho a designar defensor desde el primer acto del procedimiento que se dirige contra él. A partir de este momento nace el derecho de defensa, sería lógico y justo afirmar que deben coincidir en el tiempo tanto la defensa material como la

defensa técnica. Desde el momento que surge y se dirige la imputación contra una persona, esta tiene la necesidad de defenderse y para que esta sea completa, ante la desigualdad respecto a la acusación, es imprescindible su acceso a la defensa técnica, por ser en esta etapa donde mayor peligro corren de ser quebrantadas las garantías procesales que le asisten. Por ende, la institución del defensor oficial como también se nombra en la doctrina al abogado de oficio, debe estar presente en esta etapa dado el caso que el imputado no designe defensor de su confianza, para intervenir igual que el designado en todos los actos del procedimiento con “paridad de armas” respecto al fiscal.

Una dirección que el profesor RIVERO GARCÍA estima correcta, siguiendo el pensamiento del procesalista alemán SHUNEMANN, es hacer de la fase investigativa lo más contradictoria posible, por ello hay que fortalecer notablemente las garantías procesales del imputado y garantizarle a este la presencia de un defensor desde un inicio. Afirma el profesor cubano que los derechos del imputado y las atribuciones del defensor fueron débilmente regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y las sucesivas han seguido su estela (Jaén Vallejo & Perrino Pérez, 2015).

Limitaciones del acusado que no haya designado defensor

En el ordenamiento jurídico penal cubano el imputado es parte en el proceso cuando se decreta en su contra cualquiera de las medidas cautelares que prevé nuestra Ley de Procedimiento Penal. Hasta entonces no puede designar defensor y este intervenir en el proceso con el propósito de ejercer las facultades previstas en el artículo 249 de la misma.

Si el imputado sujeto a medida cautelar no designa defensor, durante toda la fase preparatoria carecerá de la defensa técnica, porque el defensor de oficio sólo está previsto para la fase judicial, quebrantándose así una de las garantías fundamentales del imputado en el debido proceso. Además, el defensor oficial entra al proceso en desventaja porque tiene que estudiar la causa y formular las conclusiones provisionales en el plazo de cinco días hábiles, primera y única ocasión que tendrá para proponer las pruebas de descargo que su desconocido patrocinado le interese, para contradecir o atenuar los hechos objeto de la acusación (Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, 1977).

Entiendo que existe desigualdad procesal sufrida por el acusado en esta fase judicial, no tanto en relación a las **oportunidades procesales de defensa**, sino a los plazos para materializar las mismas; porque el fiscal tiene toda la fase indagatoria para escudriñar los elementos que serán formulados posteriormente con la acusación; mientras que su defensor oficial cuenta con un plazo muy reducido en comparación con el detenido por su contrario procesal.

El sancionado recurrente

Concluido el acto del juicio oral termina la labor del defensor de oficio, que tendrá su satisfacción profesional no con la plasmación de su pretensión en el laudo judicial, sino con

saber que utilizó su razón y no perdonó medio posible para lograr el objetivo trazado en su defensa.

No obstante, este no sabrá el fallo judicial dictado contra su defendido, de haberse demostrado su culpabilidad, a no ser que el mismo o sus familiares le hagan saber la misiva para conocer de la justeza o no del veredicto; más el asesoramiento técnico para recurrir la sentencia tendrá que costárselo, pues nuestra ley procesal penal no prevé la asistencia letrada de oficio en la fase de los recursos, como manifestamos *ut supra* cuando analizamos su actuación procesal. Es cuestionable esta omisión porque la actuación del defensor de oficio a mi entender, no estaría completa sino hasta que este agote todos los medios legales posibles para luchar por un fallo lo más favorable a su patrocinado. El derecho a establecer recurso, sea apelación o casación según corresponda el caso, es una garantía procesal propia del derecho a la defensa técnica que tienen todos los sancionados para impugnar las resoluciones judiciales cuando estén en franco desacuerdo con estas. El fallo no es definitivo mientras sea recurrible y negarle este derecho al sancionado asistido por un defensor oficial, sería como dejarlo sin escudo antes de tiempo frente a la espada de la justicia.

Este derecho, que está vinculado al régimen de los recursos, se presenta aquí como la posibilidad que debe tener el acusado de poder impugnar todas aquellas decisiones que se adopten, tanto en la fase investigativa como durante el desarrollo del juicio oral; derecho que va más allá de ser oído, pues requiere la presencia de un diseño procesal que permita franquear el medio impugnatorio necesario y la consecuente obligación de resolución por parte de la misma autoridad que adoptó la decisión.

En el ordenamiento penal existen cuatro tipos de recursos: el de Queja; Súplica; Apelación y el extraordinario de Casación, que tiene por finalidad juzgar el derecho como garantía a la legalidad y ver cuáles de ellos han sido quebrantados dentro del proceso.

El abogado defensor, oficial o designado, es un representante de los intereses individuales y procesales del procesado, imputado, acusado o sancionado, que complementa su capacidad con un actuar limpio, ético y transparente, y si bien no auxilia a la justicia sí contribuye a su realización.

DISCUSIÓN

En **Colombia** tanto la Ley N°906 de 2004 por el cual se expidió el Código de Procedimiento Penal, como la N°491 de 2005 por la cual se adopta el Sistema Nacional de Defensoría Pública, consagran como principio rector del nuevo procedimiento penal la *Igualdad de Partes*. Para el primero de ellos, es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se

encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Para el segundo, el Sistema Nacional de Defensoría Pública contará con los instrumentos necesarios para intervenir en los procesos judiciales en condiciones de igualdad frente a los demás sujetos procesales. Sin embargo, la posibilidad que tiene la Fiscalía para realizar las indagaciones preliminares puede resultar ilimitada en el tiempo, sin que exista la obligación legal expresa del ente acusador de comunicarle a la persona el inicio de las averiguaciones en su contra (Franco Daza, s/f).

En **Ecuador**, el acceso a la Defensoría Pública es una garantía constitucional que tiene todo ciudadano para hacer efectivo su derecho de defensa ante la imposibilidad de poder contar con el patrocinio de un abogado en libre ejercicio profesional, por carecer de medios económicos. En el Capítulo II del Código Orgánico de la Función Judicial, en sus artículos del 285 al 294 se trata lo relativo a la Defensoría Pública que su funcionamiento será desconcentrado, a través de oficinas territoriales, con competencia en regiones, provincias, cantones o distritos metropolitanos, según convenga a la más eficiente prestación del servicio (Comisión Legislativa de Fiscalización, 2015).

Es ardua la labor del Defensor Público; interviene en las Audiencias de Juzgamientos en los Tribunales Penales por designación de Oficio de estos. Igualmente, el Ministerio Público conjuntamente con la Policía cuenta con el Defensor Público en la recepción de testimonios de los imputados en la etapa investigativa.

En **España** la Ley Nº 1 de 1996 de Asistencia Jurídica Gratuita refrenda en el artículo 3 apartado 5, una ampliación del ámbito de la defensa de oficio en la jurisdicción penal y en beneficio de los detenidos o presos, más allá del ámbito de la propia ley, si bien es con carácter provisional y mientras se resuelve sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita. El artículo 57-2 del Estatuto General de la Abogacía regula que *“en la jurisdicción penal los abogados vendrán, además, obligados a la defensa, si el interesado solicita el nombramiento de oficio o no designa abogado”*. Este derecho es reconocido en el artículo 24-2 de la Constitución, y no sólo incluye el derecho de la parte en el proceso a poder designar un Letrado de su elección, sino también a que cuando corresponda, le sea designado un Letrado de oficio.

En **México** la ley de procedimiento es bastante escueta con respecto al derecho a la defensa, pero a pesar de eso si consigna claramente el derecho del defendido a solicitar un abogado y a obtenerlo de oficio si no nombrase ninguno de su elección, desde el inicio del proceso, además remite al artículo 20 de la constitución donde se señala de manera perceptiva los derechos que le asisten al inculpado donde se ratifica el derecho a contar con abogado ya sea de oficio o designado desde el primer acto del proceso, lo que demuestra las garantías de un debido proceso para el inculpado que tenga un abogado de oficio.

En **Bolivia** el **Código Procesal Penal** consagra una parte para especificar las garantías constitucionales donde proclama que todo imputado tiene derecho a la asistencia y defensa de un abogado desde el primer acto del proceso hasta el fin de la ejecución de la sentencia.

Este derecho es irrenunciable (Artículo 9º). La ley de procedimiento de Bolivia es muy clara y específica en cuanto a la defensa penal de oficio, consigna en primer lugar la inviolabilidad de la defensa técnica en su artículo 9, estipulando la presencia del mismo ya sea designado o de oficio, y luego destina el capítulo IV a la defensa estatal del imputado es decir regula explícitamente lo relacionado al abogado de oficio para aquel imputado escaso de recursos económicos, exceptuándolo de cualquier pago, y además regula la representación de oficio para todas las instancias del proceso, garantizándole de esta manera el derecho a impugnar. En **Venezuela** el Código Orgánico Procesal Penal en su Capítulo VI, en lo referente al inculpado, consagra los derechos de este entre los que se encuentra el que a nuestra investigación concierne con respecto al abogado de oficio, quien aparecerá desde los primeros momentos del proceso, además se estipula en los siguientes artículos el proceder para el caso en que no exista defensor público, se le nombra un abogado de oficio, el que no podrá excusarse de su cargo, y además prevé el caso en que el imputado nombre un abogado de su confianza, cuestiones todas estas que garantizan un debido proceso.

En el **Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica** código que se ha tomado como referencia para la región iberoamericana, y se considera uno de las reformas más avanzadas dentro del procedimiento penal, recoge en varios de su articulado cuestiones esenciales referente al Derecho a la defensa y dentro de este la defensa penal de oficio. En el Libro primero Título I Principios básicos se plasma que *el imputado tiene derecho a elegir a un defensor letrado de su confianza. Si no lo hiciere el tribunal designara de oficio un defensor letrado, a más tardar antes de que se produzca la primera declaración del imputado sobre el hecho, según la reglamentación para la defensa social.*

CONCLUSIONES

La representación de oficio no garantiza el principio de igualdad en nuestro proceso penal pues el abogado llega al final de la fase intermedia, cuando el expediente está totalmente confeccionado y convertido en causa, con el derecho de proponer las pruebas que estime conveniente, las que prácticamente son nulas partiendo de que el expediente es confeccionado por el instructor dirigido por el fiscal, quien tiene la carga de la prueba acusatoria en todo momento, aparejado a esto el acusado en la mayoría de los casos se entrevista con su abogado minutos antes del juicio oral.

El acusado que fue representado de oficio no tiene la posibilidad de interponer el recurso correspondiente salvo si realiza la contratación de un abogado y paga los honorarios de este, por ende, no es completa la asistencia técnica.

Las legislaciones foráneas analizadas establecen la institución del defensor de oficio o de la Defensoría Pública con mucha fuerza, en función de garantizarle al acusado la protección de

sus derechos como ciudadano, permitiendo que este aparezca en el proceso desde los primeros momentos y garantizando en sus cuerpos legales la aplicación de un Debido Proceso para los acusados que carecen de recursos económicos.

REFERENCIAS

Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba. (13 de agosto de 1977). *Ley No.5, Ley de Procedimiento Penal*. Recuperado el 27 de agosto de 2019, de <http://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/ley-de-procedimiento-penal/>.

Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba. (22 de diciembre de 2018). *Constitución de la República de Cuba*. Recuperado el 27 de agosto de 2019, de <http://www.cubahora.cu/uploads/documento/2019/01/05/nueva-constitucion-240-kb.pdf>.

Comisión Legislativa de Fiscalización. (22 de mayo de 2015). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Recuperado el 08 de agosto de 2019, de http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf.

Consejo de Estado de la República de Cuba. (8 de junio de 1984). *Decreto Ley 81, "Sobre el ejercicio de la abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos"*. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://juriscuba.com/wp-content/uploads/2016/03/Decreto-Ley-No.-081.doc>.

Felipe, V. E. (27 de junio de 2018). *¿Cómo debe actuar un abogado cuando pierde una causa a su cargo?* Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <https://www.unir.net/derecho/revista/noticias/como-debe-actuar-un-abogado-cuando-pierde-una-causa-a-su-cargo/549203627422/>.

Fernández Guerra, F. J. (s/f). *El papel del abogado y su pronta intervención en el proceso penal cubano: necesidad y realidad*. Recuperado el 25 de agosto de 2019, de <https://www.monografias.com/docs111/papel-del-abogado-y-su-pronta-intervencion-proceso-penal-cubano-necesidad-y-realidad/papel-del-abogado-y-su-pronta-intervencion-proceso-penal-cubano-necesidad-y-realidad.shtml>.

Francesco, C. (3 de febrero de 2018). *El Abogado*. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <https://legis.pe/abogado-francesco-carnelutti/>.

Franco Daza, J. M. (s/f). *Fortalezas, debilidades, logros y desafíos de la defensa pública durante los primeros seis meses del sistema acusatorio*. Colombia. Recuperado el 08 de agosto de 2019.

Jaén Vallejo, M., & Perrino Pérez, Á. L. (2015). *La Reforma del Proceso Penal de 2015*. Madrid, España. Recuperado el 18 de agosto de 2019.

- Jorge, B. T. (2001). *Sistema de justicia y procedimiento penal en cuba*. Recuperado el 25 de agosto de 2019, de <https://www.amazon.com/Sistema-justicia-procedimiento-penal-cuba/dp/9590604471>.
- Liuver, C. (diciembre de 2015). *La abogacía en Cuba: pasado y actualidad a 50 años de la creación de los bufetes colectivos*. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de https://www.researchgate.net/publication/307748207_La_abogacia_en_Cuba_pasado_y_actualidad_a_50_anos_de_la_creacion_de_los_bufetes_colectivos.
- Núñez Núñez, E. R. (2019). *Código Procesal Penal de Córdoba actualizado*. Córdoba, España. Recuperado el 4 de septiembre de 2019.
- Organización Nacional de Bufetes Colectivos, Cuba. (2018). *Orígenes de la abogacía en Cuba*. Recuperado el 16 de agosto de 2019, de <http://www.onbc.cu/historia>.
- Senado y la Cámara de Diputados de la Provincia de Córdoba. (16 de enero de 1992). *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*. Recuperado el 27 de agosto de 2019, de <http://www.saij.gob.ar/8123-local-cordoba-codigo-procesal-penal-provincia-cordoba-lpo0008123-1991-12-05/123456789-0abc-defg-321-8000ovorpyel>.
- Servín, D. C. (2017). *Derecho Procesal Penal*. Recuperado el 02 de septiembre de 2019, de <https://www.monografias.com/docs113/derechoprocesalpenal/derechoprocesalpenal6.shtml>.
- Vázquez Rossi, J. E. (1982). *Derecho Procesal Penal Tomo II*. Recuperado el 13 de agosto de 2019, de <https://es.scribd.com/doc/114655248/Derecho-Procesal-Penal-Tomo-II-Jorge-Vazquez-Rossi>.
- Zambrano Pasquel, A. (10 de enero de 2014). *Defensa y cambio de calificación jurídica*. Recuperado el 12 de agosto de 2019, de <https://www.derechoecuador.com/defensa-y-cambio-de-calificacion-juridica>.