**Universidad de Cienfuegos: "Carlos Rafael Rodríguez"**
**Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas**
**Departamento de Derecho**

**TRABAJO DE DIPLOMA EN OPCIÓN AL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO**

# Implementación del derecho a la defensa técnica del acusado en la fase investigativa de la jurisdicción penal militar cubana

**Autor: Michael Gómez Diaz**
**Tutor(a): Esp. Yoruanys Suñez Tejera**

**Ciudad de Cienfuegos**
**2014**

# RESUMEN

El derecho a la defensa es el conjunto de facultades en manos del acusado para repeler la imputación y para ello deberá estar en igualdad de condiciones respecto al acusador. En el ordenamiento procesal penal militar cubano el defensor está restringido al acceso a las actuaciones hasta tanto no concluya la fase investigativa, lo cual limita el derecho a la defensa que tiene el acusado. Es propósito de la presente investigación determinar la forma en que ha de implementarse el derecho del acusado a la defensa técnica en la fase preparatoria de la jurisdicción penal militar cubana. El trabajo analiza la naturaleza jurídica del derecho a la defensa del acusado y el reconocimiento de esta garantía en la jurisdicción civil y militar de otros ordenamientos jurídicos. Además caracteriza la fase preparatoria del ordenamiento procesal penal militar cubano y se elabora una propuesta de implementación de la figura. Los métodos utilizados son: el análisis y síntesis, el exegético analítico y el jurídico comparado. Las técnicas de investigación empleadas son: la revisión bibliográfica, la entrevista y la encuesta. Como resultado se obtiene la elaboración de una propuesta acerca de cómo ha de implementarse el derecho del acusado a la defensa en la fase investigativa en la jurisdicción penal militar. Esto contribuye al reconocimiento del derecho del acusado a la defensa técnica en la fase preparatoria de la jurisdicción penal militar y a garantizar un debido proceso.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN ..... 4
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL DERECHO A LA DEFENSA DEL ACUSADO ..... 10
1.1. Concepto, objeto y fines del Proceso Penal. ..... 10
1.2. El Debido Proceso, principio genérico del Derecho Procesal ..... 144
1.3. Definición del derecho a la defensa ..... 177
1.3.1. Modalidades, contenido y relación con el principio de Contradicción e Igualdad ..... 199
1.4 Reconocimiento del derecho a la defensa en la fase investigativa de diversos ordenamientos jurídicos. ..... 255
1.4.1 Reconocimiento en la jurisdicción civil. ..... 266
1.4.2 Reconocimiento en la jurisdicción militar ..... 322
CAPITULO II. EL DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA DEL ACUSADO EN LA FASE PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL MILITAR CUBANO ..... 377
2.1 Actos que integran la fase preparatoria del proceso penal militar cubano. . 37
2.2 Algunos actos de la fase preparatoria que debieran realizarse con la participación del abogado defensor. ..... 49
2.3 Propuesta de implementación del derecho a la defensa técnica del acusado en la fase preparatoria del proceso penal militar cubano. ..... 49
CONCLUSIONES ..... 61
RECOMENDACIÓN ..... 63
BIBLIOGRAFÍA ..... 644

# INTRODUCCIÓN

El vocablo proceso, es dentro del ámbito jurídico como en toda relación, tanto social como en la naturaleza, una continuidad, una serie de fenómenos o de actos mediante los cuales se llega a un resultado. Proviene del latín *procesus*, es el transcurso del tiempo, es la serie de fases de un fenómeno, es la evolución de una serie de fenómenos. (Pereira, 2006)

En derecho se comprende que el proceso está integrado por el conjunto de todos los actos necesarios y con una secuencia temporal que con el objetivo de resolver una litis o asunto se desarrolla. En el ámbito del Derecho Procesal es el conjunto y la totalidad de los actos que conforman una unidad en interés de conseguir la cosa juzgada. (Pereira, 2006)

Para ROXIN la expresión proceso comprende tres ideas: sus prescripciones tienen que estar dispuestas para contribuir a la realización del Derecho Penal material de acuerdo con la forma que corresponde a las circunstancias del hecho demostrado. Simultáneamente, ellas deben trazar los límites fijados al derecho de intervención de las autoridades de la persecución penal en protección de la libertad del individuo y finalmente, se debe lograr el restablecimiento de la paz jurídica quebrantada mediante una decisión definitiva. (Roxin, 2000)

El Debido Proceso Penal es todo el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo de el mismo, una recta y cumplida administración de justicia, la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho. Por tal razón, el Debido Proceso es el principio madre o generatriz, del cual dimanan todos y cada uno de los principios del Derecho Procesal Penal y en él se traduce la posibilidad de que los conflictos entre los sujetos, o entre estos y el Estado, sean resueltos por un órgano independiente y preexistente, donde se garantice la defensa y se pueda tener un resultado dentro de un plazo técnicamente razonable. (Molina., s.f.)

En Cuba existe independientemente del Código Penal (Cuba, Código Penal de Cuba, 1987) otra ley que regula los delitos cometidos por militares. Es una ley especial porque regula únicamente los delitos militares, o sea, las acciones u omisiones socialmente peligrosas prohibidas por la ley, que afectan directamente

el orden de cumplimiento del servicio militar, cometidas por militares. (Ley de los Delitos militares, s.f.)

Teniendo en cuenta lo anterior, el proceso penal puede ser de jurisdicción ordinaria o militar, en dependencia de lo establecido en el ordenamiento jurídico cubano. En el caso del proceso penal de jurisdicción militar es un proceso que ostenta la condición de especial porque corresponde a los Tribunales Militares el conocimiento de los procesos penales por la comisión de todo hecho punible en el que resulte acusado un militar, aun cuando alguno de los participantes o la víctima sean civiles.

El proceso penal militar está conformado por 2 fases: la preparatoria o investigativa y la final o el juicio oral. La fase preparatoria de la jurisdicción militar se inicia cuando se revelan indicios de haberse cometido algún delito. Es una fase que comprende el conjunto de diligencias previas al juicio oral, orientadas a comprobar la existencia del delito. (Ley de Procedimiento Penal militar de Cuba, s.f.)

En la fase preparatoria nace el derecho a la defensa; es decir, surge con la imputación misma. El presupuesto del derecho a la defensa es pues, la existencia de una acusación dirigida contra una persona por la comisión de una acción u omisión con caracteres de delito. Por tanto debe ser ejercido desde que se dirige el procedimiento contra ella y a todo lo largo del mismo, aún cuando la imputación no haya ganado cierto grado de verosimilitud, pues siendo vaga o informal, mayor es la necesidad de la defensa. (Rendondo, 2011)

El derecho a la defensa ha sido definido por autores nacionales y extranjeros. Para MENDOZA DÍAZ, es el conjunto de facultades en manos del acusado para repeler la imputación. (Díaz, 2002) ARRANZ CASTILLERO lo entiende como la posibilidad que se le concede a éste de oponerse a la inculpación y a los cargos que se le señalan, para ello deberá estar en igualdad de condiciones respecto al acusador en cuanto a la aportación de argumentos y pruebas a su favor. (Arranz, 2004)

JULIO MAIER refiere 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. Además de llevar a cabo 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. (Rendondo, 2011)

El derecho a la defensa es un principio plasmado en la Constitución de la República de Cuba en su artículo 59 y plantea que “todo acusado tiene derecho a la defensa”. (Cuba, Constitución de la República de Cuba, 2002) Tanto en el proceso ordinario como en el militar la defensa tiene el mismo fin y es precisamente defender al acusado y tratar de que se le imponga una adecuada sanción.

La Ley de Procedimiento Penal Militar cubana plantea en su artículo 7 que todo acusado tiene derecho a la defensa. Respecto al ejercicio de la defensa técnica otra es la situación, pues aunque se reconoce en el artículo 26, la posibilidad que tiene el acusado de designar para que lo represente y defienda un abogado, esta oportunidad se le brinda en un momento tardío de la fase preparatoria; y es justamente cuando la instrucción ha concluido; es decir, cuando las instrucciones o diligencias en contra del acusado han terminado. (Ley de Procedimiento Penal militar de Cuba, s.f.)

La ausencia del abogado en la fase investigativa trae como consecuencia el quebrantamiento del debido proceso como principio madre o generatriz, del cual dimanan todos y cada uno de los principios del Derecho Procesal Penal. Son precisamente los principios relativos a la estructura del proceso: (contradicción e igualdad) los que más se ven afectados.

Se produce además un desbalance en los principios de contradicción e igualdad a favor de la parte acusadora en el momento en que se realizan las acciones primarias de investigación. Todo esto se debe a que la ley confiere a la Fiscalía la posibilidad de mantener secreta las actuaciones investigativas, lo que imposibilita el acceso a las mismas del acusado y de su abogado. (Pereira, 2006)

Por tanto se ha de garantizar una efectiva defensa técnica desde la etapa primaria del proceso y con ello contribuir al equilibrio entre las partes teniendo en cuenta los principios del debido proceso. En tal sentido urge establecer el derecho del acusado a la defensa técnica en la fase preparatoria de la jurisdicción penal militar cubana. Por todo lo expuesto el valor teórico de la investigación es notable toda vez que se elabore una propuesta de implementación que posibilite el reconocimiento del derecho del acusado a la defensa técnica en dicha fase. Con ello se contribuirá a una correcta regulación en la Ley de Procedimiento Penal Militar, eliminándose las limitaciones que tiene la misma en cuanto al derecho a la defensa del acusado.

La novedad y actualidad científica radica en que la temática a investigar tiene un tratamiento escaso. Se desconoce la existencia de trabajos en los cuales su objeto de análisis versa sobre el tema. Por ello la investigación constituye la premisa de un estudio anhelado por juristas, cuya base teórica se sustenta en las concepciones más modernas existentes sobre el tema y sus principales representantes se relacionan a continuación.

En el ámbito internacional se destacan los análisis realizados por autores españoles que aunque no resuelven la problemática planteada, sus pronunciamientos en relación al tema sirven de fundamento para caracterizar el fenómeno objeto de la investigación. Resaltan autores como Juan Damián Moreno en su trabajo El Derecho de Defensa y la Prueba Prohibida.

Andrés Salcedo Velasco con su trabajo Derecho de Defensa. Asistencia Letrada y su intervención en la diligencia de Entrada y Registro. David Suárez Leoz, en su trabajo El Nacimiento del derecho a la Defensa en la Fase de Instrucción. Pedro Martín García, Presencia Físicas de las partes en la fase de instrucción: exigencia del derecho a la defensa.

Ninguno de los trabajos relacionados tiene como objeto de estudio la institución que se abordará, sin embargo constituirán la fuente de consulta de la cual se proveerá la investigación. En Cuba se desconoce la existencia de autores que hayan abordado el tema.

El objeto de la investigación es el derecho del acusado a la defensa técnica y el campo de acción es su implementación en la fase preparatoria de la jurisdicción penal militar cubana. Como **Problema Científico** se plantea**:** ¿Cómo ha de implementarse el derecho del acusado a la defensa técnica en la fase preparatoria de la jurisdicción penal militar cubana?

A tenor de lo anterior, la **hipótesis** que se pretende someter a comprobación quedó redactada en los términos que siguen:

La implementación del derecho a la defensa técnica del acusado en la fase preparatoria del proceso penal militar cubano, ha de realizarse a partir de la imputación de los hechos al acusado. Permitiéndosele al defensor participar en varias diligencias de instrucción, lo que contribuirá con el equilibrio de las partes en el proceso.

Precisándose como **Objetivo General:** Determinar la forma en que ha de implementarse el derecho del acusado a la defensa técnica en la fase preparatoria de la jurisdicción penal militar cubana.

Para dar respuesta al objetivo general se trazan los siguientes **Objetivos Específicos**:

**1.** Valorar el derecho del acusado a la defensa técnica como principio del proceso penal militar cubano.

**2.** Caracterizar la fase preparatoria del ordenamiento procesal penal militar cubano a fin de identificar los actos contenidos en ésta, que posibilitan la implementación del derecho del acusado a la defensa técnica en esta fase.

**3.** Elaborar una propuesta acerca de cómo pudiera implementarse el derecho del acusado a la defensa técnica en la en la fase investigativa de la jurisdicción penal militar cubana.

La selección y planificación de los métodos surge del propio objeto de investigación, las características y exigencias requeridas, los objetivos y alcance propuestos y las propias posibilidades materiales de emplearlos. Los métodos utilizados son: el Análisis - Síntesis el cual unifica en un todo único, lo general y lo singular para caracterizar el derecho a la defensa del acusado en el proceso penal militar cubano. El Exegético Analítico permite confirmar si la implementación del derecho del acusado a la defensa en la fase investigativa de la jurisdicción militar cubana cumple con las expectativas y necesidades del acusado y si es la mejor forma posible jurídicamente. Así como el Jurídico Comparado que permite comparar el derecho del acusado a la defensa en la jurisdicción civil y militar de otros países.

Las técnicas de investigación empleadas son: la revisión bibliográfica que posibilita analizar toda la bibliografía consultada sobre la temática a investigar o vinculada a ésta, los principales autores, comenzando por las fuentes primarias y después revisando las secundarias o indirectas. Se aplicó además una encuesta y una entrevista semi-estructurada que permitió ampliar sobre los elementos obtenidos en la anterior y corroborar la propuesta de implementación.

El principal resultado logrado es:

1. Elaboración de una propuesta acerca de cómo ha de implementarse el derecho del acusado a la defensa en la fase investigativa en la jurisdicción penal militar.

El trabajo está estructurado en dos capítulos fundamentales. La Introducción: contiene la novedad y actualidad del tema, el objeto de la investigación, la situación teórica fáctica necesaria para el estudio actual en Cuba del problema a investigado, los métodos utilizados y finalmente la estructura de la tesis. El capítulo primero versa sobre el análisis de la naturaleza jurídica del derecho a la defensa técnica como principio del proceso penal militar. Así como el análisis del reconocimiento del derecho a la defensa en la jurisdicción civil y militar en otros ordenamientos jurídicos. El segundo alude a la caracterización de la fase preparatoria del ordenamiento procesal penal militar cubano y se establece una propuesta de implementación del derecho a la defensa técnica en la mencionada fase. Además de las Conclusiones y Recomendaciones resultantes de la investigación, así como la bibliografía consultada y anexos.

# CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL DERECHO A LA DEFENSA DEL ACUSADO

## 1.1. Concepto, objeto y fines del Proceso Penal.

El proceso es una secuencia de actos tendientes a un fin superior y último al de cada uno de ellos. Dichos actos que se suceden en el tiempo obedecen a un orden preestablecido. Para MARCELINO DÍAZ en derecho se comprende que el proceso penal es el conjunto de todos los actos necesarios y con una secuencia temporal que con el objetivo de resolver una litis o asunto se desarrolla. En el ámbito del derecho procesal sería el conjunto y la totalidad de los actos que conforman una unidad en interés de conseguir la cosa juzgada. (Pereira, 2006)

Según FERNÁNDEZ PEREIRA el proceso penal es un conjunto de actos normados jurídicamente, donde los actores son la trilogía formada por el tribunal y las partes, del cual se derivan o devienen una serie de relaciones jurídicas. Es la institución jurídica que preside la actuación y la finalidad, en común, de solucionar una situación de carácter penal, y se establece cuando se produce la relación jurídico penal, o sea, al producirse un hecho que revista caracteres de delito y por tanto se hace la correspondiente denuncia. (Pereira, 2006)

Algunos autores como BETTIOL definen el proceso penal como el conjunto de actos originados por varios sujetos: juez, fiscal e imputado, con el fin de fijar las condiciones de hecho, de las cuales se deriva el *ius puniendi* (Pírez, 2007)[1]a favor del Estado y deber de sujetarse a la pena por parte del reo. En ese sentido PRIETO CASTRO señala que el proceso penal es la actividad por medio de la cual el Estado protege el orden jurídico público, y castiga los actos definidos como punibles por el Derecho Penal. (Gónzalez, 2013)

Para Miguel FENECH (1960) el proceso penal es aquella serie o sucesión de actos que se llevan a cabo y se desarrollan en el tiempo, con sujeción a una norma de procedimiento. (Fenech, 1960) Por otro lado CARLOS VIADA argumenta que el proceso penal debe entenderse como un conflicto de intereses entre partes, la sociedad de un lado y el imputado del otro, el cual se protege legítimamente frente al poder del Estado por resultar en ocasiones injusto y desmedido. La

[1] El ius puniendi puede concebirse desde dos puntos de vista: como poder del Estado para instituir delitos y penas, y como derecho del Estado para aplicar las sanciones penales a quienes cometan delito.

colectividad tiene interés en que se castigue al culpable de un delito y el imputado tiene interés en evitar el castigo. (J.Candia, Temas para el estudio del derecho Preocesal Penal, 2004)

ALDO PRIETO MORALES lo define como la relación orgánica y sistemática de actos dirigidos progresivamente a obtener que se declaren y cumplan la voluntad de la ley, actos que se vinculan todos alrededor del debate o contienda entre partes como concepto nuclear. Llegando a la conclusión de que el proceso constituye o integra una relación jurídica. (Morales, 1982)

El proceso penal según JORGE VÁSQUEZ ROSSI se integra a través de instancias de postulación, acreditación, alegación y decisión, en tanto lo que se afirma por las partes debe ser demostrado. Lo que se manifiesta en él como realmente acontecido, es decir, los hechos objetos del mismo deben ser demostrados. Dicha confirmación para determinar la culpabilidad del acusado se logra mediante las pruebas practicadas en el juicio oral. (W.V, 2012)

El proceso penal se inicia a causa de un acontecimiento o suceso, o de un conjunto de hechos que dan un juicio previo de probabilidad acerca de la comisión de al menos una infracción criminal, independientemente de que pueda comenzar de oficio. Al llegar la noticia por medio de la denuncia o cualquier otra vía de conocimiento, no se logra alcanzar un determinado desarrollo del proceso, solo es posible adentrarse en la decisiva fase del juicio oral, si alguien ejercita la acción penal.[2]

Según las definiciones expuestas anteriormente se puede llegar a la conclusión que el proceso penal es el conjunto de actos necesarios y consecutivos en el tiempo que obedecen a un orden preestablecido como consecuencia de la sujeción a una norma jurídica. Dichos actos son efectuados por los sujetos (juez, fiscal e imputado) que intervienen en el mismo con el objetivo de lograr determinado fin. Además surge un conflicto de intereses entre las partes (fiscal e imputado) que será resuelto por el órgano jurisdiccional como sujeto rector en el proceso.

El poder jurídico de acusar debe tener un presupuesto jurídico material. Ha de existir un determinado hecho con caracteres de delito para que sea objeto del

[2] En el proceso penal cubano, el Ministerio Fiscal es quien ejerce la acción penal con el objetivo de provocar la función jurisdiccional con el objetivo de que en la sentencia se concrete el poder punitivo, imponiéndole al delincuente las sanciones merecidas, las medidas de seguridad apropiadas y la condena a la reparación del daño, según proceda.

proceso. Cuando se formulen las conclusiones provisionales o acusatorias, el objeto del proceso penal deberá tener una total correspondencia con lo investigado en la fase preparatoria.

El conjunto de actos que conforman el proceso penal están en correspondencia con el objeto del proceso, con respecto al cual ERNEST BELING (Gonzalez, 2013) señala que es el asunto de la vida en torno del cual gira el proceso y cuya resolución, mediante decisión sobre el fondo constituye la tarea propia del proceso." EMILIO GÓMEZ ORBANEJA expresa que para que haya proceso ha de tratarse de un hecho que se toma hipotéticamente como dado, al que la ley penal atribuye una pena criminal, cualquiera que ella sea", y continúa expresando que el objeto del mismo, es, por tanto, una pretensión punitiva del Estado, del derecho a la imposición de una pena en virtud de la omisión de un hecho punible." (Orbaneja, 1954)

GIMENO SENDRA apunta que el objeto del proceso penal está constituido por las acciones u omisiones delictivas sometidas a juicio, es decir, por los hechos enjuiciados en cuanto son delictivos y por las consecuencias penales que se derivan para los sujetos inculpados. Simplificadamente se puede hablar del hecho penal como objeto del proceso penal, siempre que se advierta que son actos de las personas enjuiciadas los que se juzgan, actos concretos con trascendencia antijurídica. (J.Candia, Temas para el estudio del derecho Preocesal Penal, 2004)

Entre tanto, MIGUEL FENECH precisa dos momentos en cuanto al objeto del proceso y en relación a ello, manifiesta: "la fijación del objeto concreto se lleva a cabo por medio de actos de petición que las partes dirigen al tribunal, al exigir la condena, o la absolución del imputado; aparece pues en el proceso, la pretensión, que debe fundarse desde el punto de vista facticio en la representación de la realidad que cada una de las partes pretendientes haya obtenido de su estudio del sumario y de las pruebas que luego se llevan a cabo en el juicio oral. El mismo no se limita solamente a hablar de los hechos como objeto del proceso sino que va más allá al señalar la necesidad de la pretensión. (Fenech, 1960)

Por último LEONARDO PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ señalan que: "el primero o genuino objeto del proceso penal, su materia, es el acto o hecho que ha de ser enjuiciado en él, confrontándolo con los tipos establecidos en la ley penal. En cuanto a la pretensión punitiva nacida del *ius puniendi*, o derecho a castigar que pertenece al Estado y la cual se hace valer ante los tribunales, es ejercitada en

consideración o por causa de ese acto o hecho, dícese también que tal pretensión compone el objeto del proceso penal.” (Pereira, 2006)

Se considera objeto del proceso, no sólo aquellos hechos constitutivos de delitos, sino también todas aquellas circunstancias que resulten concomitantes al hecho. Consecuentemente resultará delimitada su amplitud por la pretensión punitiva del fiscal, o sea, por los actos u omisiones descritas en el pliego acusatorio del fiscal. El hecho que dio origen al proceso, ya sea a través de la denuncia o cualquier otra vía de conocimiento, debe ser el mismo de la fase preparatoria o sumario, el narrado en el pliego acusatorio, el del juicio, de la sentencia e incluso de los recursos que se establezcan para combatir algún vicio en la misma. Las partes no pueden modificarlo, ni restringirlo, ni variarlo en algún sentido, ya que el mismo existe con independencia de la voluntad de ellos. (Gónzalez, 2013)

No obstante lo expuesto, el verdadero objeto del proceso consiste en restablecer el orden jurídico, y aplicar la ley a una situación concreta. En el proceso penal es la relación de derecho sustantivo, es decir, penal, que surge del hecho que se considera delictuoso, y que tiene lugar entre su autor y el Estado, a fin de que se le aplique a aquél la ley penal, después de individualizado y de haberse comprobado el delito. En conclusión, el objeto exacto del proceso penal lo constituye no sólo el hecho que se considera delito, sino que también van a formar parte de él otras circunstancias concomitantes al mismo, y su delimitación se concreta en la pretensión punitiva impuesta por el fiscal. (Pereira, 2006)

En cuanto a la finalidad del proceso penal, resulta evidente desde la relación delito-proceso-pena y el carácter adjetivo del Derecho Procesal Penal. De aquí que el fin del proceso penal siempre será procurar su identificación con el Derecho Penal mediante la defensa de la sociedad, en sentido amplio. Por otro lado y con carácter inmediato la finalidad del proceso será, según las distintas fases en que el mismo se estructura, la íntegra investigación y comprobación de la acción u omisión considerada delito, la determinación de los autores y restantes partícipes en el mismo y la calificación de dicho delito. Además de todas aquellas circunstancias concomitantes al mismo que permitan valorar la penalidad correspondiente al encausado, según sus condiciones personales y los fines que a tenor de la ley sustantiva dicha pena persiga. (Gónzalez, 2013)

Según RODRÍGUEZ NIETO el fin del proceso es obtener mediante la sentencia del órgano jurisdiccional la declaración de certeza respecto a la existencia del acto

delictivo que sirve de fundamento a la pretensión punitiva del Estado, y la aplicación de sus consecuencias jurídicas. Todo ello se consigue al reprimir realmente el delito que aparezca cometido, mediante la comprobación de los hechos verdaderamente ejecutados.

El fin del proceso penal siempre será práctico y lo es el contribuir a la realización de la justicia penal. No puede hablarse de proceso sino cuando la decisión de penar puede ser materializada. La realización de la justicia, que sólo puede alcanzarse a través del proceso penal, lo es de forma exclusiva, pues a diferencia del ámbito civil donde es posible alcanzar la paz jurídica a través de una decisión voluntaria tal como un convenio, un arbitraje o una transacción, en el ámbito penal sólo se podrá alcanzar mediante el proceso. (Gónzalez, 2013)

También se pudiera hablar de un fin mediato y de un fin inmediato, tal y como lo hace EUGENIO FLORIÁN. El mismo señala que el fin mediato será la identificación con el Derecho Penal en cuanto está dirigido a su realización y busca la defensa de la sociedad, defendida en un sentido amplio y como fin inmediato la realización concreta de la ley penal al caso en cuestión.(Candia, 2004)

Uno de los fines generales del Derecho Penal coincide con el del proceso penal en cuanto uno tiende a la defensa social y a la lucha contra la delincuencia, y el otro busca la aplicación de la ley en el caso concreto, es decir, investigar el hecho que se considera delictuoso y la responsabilidad criminal del acusado. En cuanto a los fines específicos, tienden a la ordenación y el desenvolvimiento del proceso.

Uno de ellos consiste en la investigación de la verdad efectiva, material o histórica, es decir, el castigo de los culpables y la absolución de los inocentes, conforme a la realidad de los hechos, y como consecuencia de una investigación total y libre de prejuicios, ya que el interés público predomina en el esclarecimiento del asunto. (Gónzalez, 2013)

En conclusión el fin del proceso penal es saber si ha habido delito y si corresponde una pena para aplicarla al caso en cuestión. Por tanto sólo se puede lograr a través de la investigación y búsqueda de la verdad real.

## 1.2. El Debido Proceso, principio genérico del Derecho Procesal

En términos generales el debido proceso se define como el conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos

cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial. Puede ser visto también como todo el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho. Por tal razón, es el principio madre o generatriz, del cual dimanan todos y cada uno de los principios del proceso y en él se traduce la posibilidad de que los conflictos entre los sujetos, o entre este y el Estado sean resueltos por un órgano independiente, preexistente donde se garantice la defensa y se pueda tener un resultado dentro de un plazo técnicamente razonable. (Chaviano, s.f.)

El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite mediante el cual se logra oír a las partes, de conformidad con lo consagrado en la Ley y que, ajustado a derecho, otorga a las mismas el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas. Resulta evidente entonces que el debido proceso trae consigo otra serie de atributos inherentes al mismo, según Gómez Colomer el debido proceso comprende, por ceñirnos a lo procesal, el derecho de acción, la prohibición de indefensión, el derecho a la prueba, el derecho a todas las garantías. (E.Andrea, s.f.)

El debido proceso procura la equidad entre las partes, evita que una de ellas atropelle a la otra, con el objetivo de que no se afecten los legítimos intereses individuales de los ciudadanos, es por ello que aparece íntimamente relacionado con los derechos humanos. Para comprender esta idea es preciso considerar al acusado, no como objeto del proceso, sino como parte del mismo en igualdad de condiciones, posibilidades y derechos, que los reservados a su oponente ante un órgano imparcial que decidirá sobre los hechos que considere probados y sus consecuencias jurídico-penales, guiándose por su sincera apreciación y su interpretación de la Ley. (Chaviano, s.f.)

Por otro lado VÍCTOR BURGOS lo define como la garantía general mediante la cual va a dotar de rango constitucional a todas aquellas garantías específicas que no han sido reconocidas expresamente en la Constitución. Pero las mismas se encuentran destinadas a asegurar que el proceso-penal se configure como un proceso justo, conforme a los fines constitucionales. (Rodriguez, s.f.)

En el debido proceso penal es importante partir del hecho que el Estado acapara la función punitiva, la que no ejerce de manera absoluta, sino con sujeción a

ciertos límites, entre los cuales se señala el del juicio legal, porque el destinatario de la acción penal tiene derecho a un proceso que ha de desarrollarse de manera predeterminada, no pudiendo ser sorprendido ni con un delito y una pena no señalados con anterioridad, ni con un rito desconocido. Esto quiere decir que el derecho de castigar que tiene el Estado, correlativamente marcha con el deber de regular su proceder dirigido a obtener la verdad y declarar la relativa consecuencia.

El proceso se establece para garantizarle a los sujetos procesales, a la víctima y a la sociedad misma, una cumplida y recta justicia, pues el proceso no es sólo garantía para el imputado, sino también para todos los que estén interesados en sus resultados. Este ha de corresponder a un deber, pues ha de cumplirse con acatamiento a determinadas formas que respeten los derechos fundamentales y demás garantías.

El debido proceso permite que nadie pueda ser juzgado sino de conformidad con el rito previamente establecido, para que se cumpla aquel axioma de que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio con la plenitud de las formalidades legales. Lo que significa que es la sumatoria de actos preclusivos cumplidos por el funcionario competente, en la oportunidad y en el lugar debido y con todas las formalidades legales. Por otro lado puede ser visto como la concreción de las garantías constitucionales y legales en todas y cada una de las etapas y en los actos procesales. No se mira el acto procesal en sí, como un objeto, sino su contenido referido a los derechos fundamentales. (Chaviano, s.f.)

También hay debido proceso si se respetan valores superiores como la libertad, la justicia, la dignidad humana, la igualdad, la seguridad jurídica y derechos fundamentales como, la controversia, la defensa, la celeridad, la publicidad, y la prohibición del doble proceso por el mismo hecho, entre otros. Dicha garantía conlleva, pues, a la existencia de un órgano judicial independiente y funcional, del mismo modo que una serie de normas que aseguren un procedimiento equitativo y en el cual el procesado tenga a su alcance todas las posibilidades de una defensa de su caso.

Por consiguiente dicho principio constituye la observancia plena de las formas propias de cada juicio ya que es el rito legalmente determinado, pues solamente se puede hacer lo que la ley permite, dicho de otra forma lo que está señalado en la ley. Esto significa entonces, que el debido proceso no es un derecho

fundamental exclusivamente del procesado, sino de todos los sujetos y partes procesales, es pues, un verdadero presupuesto para la administración de justicia independiente, pronta, pública y eficaz. (Chaviano, s.f.)

Por tanto el debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce (cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano), es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia. Debe entenderse como aquella manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio. Así entonces, las situaciones de controversia que surjan en el proceso, requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley.

## 1.3. Definición del derecho a la defensa

Si se traslada el concepto general de la defensa al ámbito del proceso penal se puede entender como toda aquella actividad que contribuya a eliminar la duda que el ejercicio de la acción penal ha hecho recaer sobre una determinada persona. Dicho en otras palabras se define como el derecho fundamental atribuido a las partes que debe ser respetado por el tribunal que conoce del mismo, que consiste básicamente en la necesidad de ser oído. (Montoliu, s.f.)

CAROCA PÉREZ advierte las dos dimensiones del derecho de defensa; primero como derecho subjetivo debido a que es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes del proceso. En cuanto a la segunda como garantía del proceso, esta dimensión es de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o sobre la voluntad de la parte, para la eficacia del juicio.

Dicha garantía constitucional ha sido definida por autores como MENDOZA DIAZ al plantear que es el conjunto de facultades en manos del acusado para repeler la imputación. (Díaz, 2002) ARRANZ CASTILLERO lo define como la posibilidad que se

le concede a éste de oponerse a la inculpación y a los cargos que se le señalan, para ello deberá estar en igualdad de condiciones respecto al acusador en cuanto a la aportación de argumentos y pruebas a su favor. (Arranz, 2004) Para JULIO MAIER, 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 realizar 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. (J.B, 1996)

Por otro lado el derecho a la defensa puede entenderse como el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas dentro del proceso penal. La vigencia de esta garantía supone; como lo señala MORENO CATENA, el reconocimiento del ordenamiento jurídico a un derecho de signo contrario, el derecho que tiene el imputado o procesado de hacer uso de una adecuada defensa. De tal manera que la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. (Velasquez, s.f.)

Un elemento básico de todo proceso penal es el reconocimiento a los imputados de la posibilidad efectiva de defenderse de los cargos formulados en su contra. Solo en la medida que el sistema procesal penal asegure la efectividad del derecho a la defensa se puede estar convencido que las demás garantías aseguradas para él tendrán una validez efectiva y no meramente declarativa. Según HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ dicha garantía aureola todas las normas sobre el debido proceso, es la máxima dignificación y espiritualización del derecho procesal moderno. A ello se pudiera agregar en la práctica el respeto profundo por parte de los jueces y bien seguros podrían estar todos los ciudadanos de que el estado de derecho, por curiosa paradoja; se afianza y vigoriza cuando se invoca a favor del hombre que delinque. (Ojeda, 1999)

Es un derecho fundamental e imprescriptible en el proceso, que permite al imputado hacer frente al sistema penal con una formal igualdad de armas. El derecho a la defensa del imputado no implica que los sujetos procésales no gocen también de este derecho.

SÁNCHEZ VIAMONTE ubica este derecho relacionándolo con los derechos esenciales del hombre, vinculado a los valores de libertad y de seguridad jurídica. Para el destacado constitucionalista, sin libertada de defensa no puede haber juicio propiamente dicho, siendo este uno de los requisitos del debido proceso. En la misma línea de pensamiento, LINARES QUINTANA destaca que el derecho de la defensa significa para todo habitante la real posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales en demanda de justicia y la facultad de llevar a cabo antes dicho poder “todos los actos razonables encaminados a una cabal defensa personal de su persona o de sus derechos de juicio. (Ojeda, 1999)

El derecho a la defensa cumple dentro del proceso penal un papel particular; por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías, por la otra, es la garantía que torna operativa a todas las demás. Por ello, el derecho a la defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procésales. Esto trae consigo que la inviolabilidad de este derecho constituya la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano. Es el único que permite que las demás garantías tengan vigencia concreta dentro del proceso penal. (Breña)

### 1.3.1. Modalidades, contenido y relación con el principio de Contradicción e Igualdad

Tradicionalmente se ha distinguido la defensa en función de la naturaleza o clase de las personas que la ejercitan. Por ello surge la distinción entre defensa material o sustancial y defensa técnica o formal. La defensa material es aquel derecho que goza todo hombre por ser sujeto de derechos y encontrarse éstos regulados concretamente en normas fundamentales. La defensa formal es de carácter instrumental ya que es aquella que se realiza a través de la asistencia profesional de un defensor calificado. (Perez, s.f.)

Autores como ANA MONTOLIU plantean que la defensa material es la actividad procesal dirigida a hacer valer los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos del imputado. Mientras que la defensa técnica es el conjunto de actos realizados por el defensor para hacer valer en el proceso todas las circunstancias y puntos de vistas favorables al procesado. (Montoliu, s.f.)

Para CAROCA la defensa material es aquella que se ejercita personalmente, por lo que también se llama autodefensa y se materializa mediante manifestaciones de

voluntad, haciéndose escuchar las veces que se considere importante, abstenerse de declarar, presentando peticiones de diverso orden, confrontándose con quienes la ley lo permite. Además es el derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que tome conocimiento de que se le atribuye la comisión de un determinado hecho delictivo. (L, s.f.)

El derecho a la defensa técnica constituye una derivación del derecho a la defensa material, justificada por la complejidad del proceso penal. (Odgers) La defensa técnica está asegurada a partir de la presencia del abogado defensor en el proceso, quien tiene la obligación legalmente impuesta de contribuir con su actuación en favor de la situación procesal de su defendido, teniendo el derecho a examinar los documentos que conforman las actuaciones investigativas, a proponer pruebas, a presentar documentos y a solicitar la revocación o modificación de la medida cautelar impuesta a su representado. (Pereira, 2006)

Es indudable que la defensa técnica es un presupuesto necesario para la correcta viabilidad del proceso. Aun cuando el imputado puede hacer uso de la autodefensa, resulta imprescindible la presencia y asistencia del abogado defensor en el curso del procedimiento. (Velasquez, s.f.)

Por otro lado la defensa técnica es definida como aquella necesidad de conceder al inculpado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, el derecho de defenderse a través de un defensor de su elección y, por lo que ahora importa resaltar, el derecho del inculpado de comunicarse libre y privadamente con su defensor. El derecho comprende la posibilidad que tiene el imputado de designar un letrado de su confianza y, si no lo tiene o no puede tenerlo, a que se designe un defensor penal público. El defensor puede ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado actuando en el procedimiento como representante del imputado. Es decir, no excluye la participación del imputado, ni los actos del defensor suplen los actos de su defendido. (Cecilia Milagros. L. V, s.f.)

Según CAROCA la defensa formal o técnica es aquella que se ejercita por un profesional en derecho que completando la limitación del imputado, formula alegatos, intervienen en los interrogatorios y hace las observaciones que considere. Puede verse además como el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso (L, s.f.)

Por tanto, el derecho a la defensa se puede manifestar de dos formas; es decir, mediante una serie de actividades defensivas realizadas por el propio imputado o mediante el conjunto de actos realizados por un defensor como resultado de la facultad atribuida a él por parte del imputado para que lo represente.

Como se ha dicho el derecho a la defensa es el conjunto de facultades en manos del acusado para repeler la imputación;(Díaz, 2002) las que en su gran mayoría no son otra cosa que la exigencia de las garantías y los derechos que se derivan de los principios que rigen el enjuiciamiento penal. Esta garantía por su esencia comprende las siguientes cuestiones que deben estar presentes para su cumplimiento:

a) Comprende la obligación de informar al acusado desde el primer momento de los cargos de la imputación, salvando los inconvenientes de comunicación que puedan presentarse por razón de idioma o de discapacidad, brindándole la posibilidad de hacer alegaciones y descargos que considere necesarios a favor de su defensa. Esta posibilidad alegatoria primaria que tiene el propio imputado es a lo que se conoce como defensa material**.**

Es precisamente aquí donde nace el derecho del inculpado al conocimiento previo y detallado del objeto del proceso seguido en su contra. Si para el debido proceso el derecho a la defensa es una garantía fundamental que permite el cumplimiento de todas las demás, entonces el conocimiento por el inculpado del objeto del proceso de forma previa, plena y compresible constituye el postulado esencial para un efectivo ejercicio de defensa. Por tanto; solo cuando conozca del hecho que se le acusa, podrá prepararse para contradecir o resistir o atenuar la imputación, conforme sus intereses y mediante los medios de prueba de que disponga o crea oportuno. (Rendondo, 2011)

En el proceso penal existen dos momentos en que el acusado debe de ser informado pormenorizadamente del objeto del mismo: primero, cuando se le instruye de cargo como presunto culpable, realizada por un instructor policial y posteriormente cuando el fiscal formula la imputación o escrito de calificaciones.

Para MAIER una imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta a la posibilidad de defenderse eficientemente. Así la persona contra quien se dirija la imputación puede estar en condiciones de conocerla íntegramente, es decir, quien se defiende, debe conocer la hipótesis fáctica que se le atribuye, la cual debe ser clara, precisa y circunstanciada. (Maier, 1996)

b) Es la posibilidad real, no formal, de garantizar que el acusado pueda ser realmente oído durante todas las fases del proceso, lo cual tiene una proyección eminentemente procesal. Solo el diseño de un conjunto de posibilidades reguladas como derechos y garantías lo permiten. Garantías como; el derecho del inculpado a defenderse por sí mismo o a través de un abogado de su elección o nombrado por el Estado, desde el primer acto del procedimiento que se dirija contra él. El derecho del inculpado a la intervención física y jurídica en el proceso. La concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. (Pereira, 2006)

c) Consiste en la oportunidad final que tiene el acusado luego de haber concluido el debate penal en sí, de expresar lo que considere oportuno con relación a su imputación. Tradicionalmente se ha resaltado a este derecho como una expresión concreta del derecho a la defensa y la última manifestación del principio de contradicción en la primera instancia; y aunque resulta de obligatorio cumplimiento por parte de los tribunales en su función de impartir justicia, el objeto de este acto procesal no encierra un contenido material concreto, ya que se trata de un derecho potestativo del acusado.(Romo, 2004)

d) Este derecho, 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 del ser oído, pues requiere la presencia de un diseño procesal que permita franquear el medio impugnativo necesario y la consecuente obligación de resolución por parte de la misma autoridad que adoptó la decisión o por un superior suyo. (Pereira, 2006)

El principio de contradicción está ubicado en la misma antesala de todo el proceso penal, pues mediante él es que se garantiza que el debate se presente como una verdadera contienda entre partes. En lo que al acusado respecta este principio se presenta como la obligación constitucionalmente reconocida de que nadie puede ser condenado si previamente no ha tenido la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, lo cual abre para el acusado lo que se conoce como derecho a resistir la imputación.[3]

[3]Algunos autores ven en esta formulación la presencia de un tercer principio al que denominan de Audiencia y que se conforma precisamente a partir de la mencionada obligación existente de que nadie puede ser sancionado si previamente no es oído y vencido en juicio. Esta formulación

La contradicción sobre la que se mueve el proceso penal está identificada por dos partes encontradas en virtud de pretensiones que resultan contradictorias; en un extremo de este binomio se ubica la parte acusadora y en el otro extremo del binomio contradictorio se encuentra la parte acusada, las cuales pueden comparecer para hacer v (W.V, 2012)aler sus respectivas pretensiones, proponer pruebas y realizar todas las obligaciones que estimen pertinentes en aras del derecho alegado. Pues como dice MONTERO, han de existir dos partes enfrentadas entre sí, las que ineludiblemente son parciales y que acuden a un tercero imparcial que es el titular de la potestad jurisdiccional, y que se corporifica en el juez o magistrado. (Pereira, 2006)

Por tanto el principio de contradicción está estrechamente ligado al derecho a la defensa porque exige que el reo goce del derecho primario y absoluto de defensa en el sentido que pueda, conociendo los cargos que se le formulan, contradecirlos, evitando ser procesado y juzgado sin ser escuchado. Prácticamente se manifiesta en el derecho que tienen o deben tener cada una de las partes a aportar las pruebas libremente que tiendan a fortalecer sus respectivas tesis de cargos y descargos, y en último término, a hacer cuantas alegaciones tuvieran por conveniente. El derecho a la defensa como derecho fundamental o garantía que presupone la contradicción del proceso, es objeto constante de observación por el máximo órgano de justicia en su función controladora. (Romo, 2004)

Respecto al principio de Igualdad es una derivación delo político hacía el proceso penal. Precisamente la igualdad de los ciudadanos ante la ley, hace que se manifieste en casi todos los ordenamientos constitucionales como un derecho fundamental. Desde el punto de vista procesal este principio está estrechamente vinculado con el de contradicción, de forma tal que hay que ver la contradicción como una manifestación de aquel postulado básico, lo que condiciona que exista la bilateralidad mencionada es precisamente la previa aceptación de un presupuesto de igualdad entre los que intervienen en el debate penal. (Pereira, 2006)

---

obedece a la interrelación existente entre estos principios que hace que muchas veces se confundan unos con otros o se vean unos como derivación de los otros; esta clasificación presenta una ventaja metodológica adicional y es que los autores que independizan el principio de audiencia, cuando analizan el denominado derecho a la defensa lo ven dentro de este.

GIMENO SENDRA considera que el derecho de las partes a no sufrir discriminación alguna en el ámbito del proceso y a tener las mismas posibilidades de alegación, prueba e impugnación, es un derecho fundamental autónomo, consagrado genéricamente en la Constitución y más explícitamente en el derecho a un proceso con todas las garantías.[4] La existencia misma de dos partes y su derecho a ser oídas perderían, en buena medida su sentido, si no gozan de idénticas posibilidades procesales para sostener y fundamentar lo que cada una estime conveniente. (Romo, 2004)

En el campo del proceso la igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia*;* de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes. Cuando en el proceso acontecen situaciones en las que una de las partes sufre algún tipo de restricción en cuanto al ejercicio de sus facultades de alegar, probar o recurrir; se produce para quien sufre tales perjuicios un estado de indefensión. Ante lo cual el ordenamiento procesal debe proveer mecanismos para garantizar la ineficacia de los actos procesales ejecutados en tales situaciones, con la consecuente reposición del proceso al estado en que ocurrió el desbalance injusto. (Torres, 2012)

Dicha garantía no presenta similar manifestación en ambas etapas del proceso penal; en la fase sumaria o de instrucción, donde predomina la forma inquisitiva, la igualdad exhibe su mayor desproporción. En la otra fase decisoria o de juicio oral, al prevalecer el sistema acusatorio, se constituye el real proceso de partes.

Las partes en condiciones de igualdad garantizan el contradictorio en todo proceso penal teniendo en cuenta los intereses contrapuestos que representan. Este equilibrio debe estar precedido por otro principio del proceso con rango de garantía o derecho fundamental amparado por textos constitucionales y en acuerdos internacionales, es decir, el derecho a la defensa.

Por tanto, el derecho a la defensa constituye la base esencial de los principios de contradicción e igualdad, encontrándose íntima e indisolublemente relacionado con estos principios del proceso, pudiéndose afirmar categóricamente que de no

[4]Este principio es conocido también, siguiendo la nomenclatura alemana, como igualdad de armas.

estar presente en el proceso, sería imposible concebirlo con igualdad y contradicción.

## 1.4 Reconocimiento del derecho a la defensa en la fase investigativa de diversos ordenamientos jurídicos.

Luego de haber ofrecido un acercamiento teórico a lo que se conoce por derecho a la defensa en el ordenamiento procesal penal se impone la necesidad de realizar un análisis a partir del derecho comparado, pues en definitiva la realidad procesal cubana no debe estar alejada de lo que en materia penal, y específicamente en la jurisdicción militar, acontece en otras partes del mundo. Para ello el trabajo se auxilia de las regulaciones procesales penales tanto en la jurisdicción ordinaria como en la militar de algunos países de América Latina, tomando en cuenta además lo preceptuado sobre el tema de investigación por la Ley Procesal española por constituir una fuerte influencia legislativa para la generalidad de los ordenamientos procesales de la región latinoamericana.

El ordenamiento jurídico tiene que ser reflejo de las situaciones, las condiciones y las contradicciones que se susciten en una sociedad, dentro de la cual, el principio procesal de derecho a la defensa no deja de tener una repercusión dentro del marco de la justicia. Las legislaciones de Iberoamérica poseen un criterio unánime en refrendar el derecho a la defensa como garantía fundamental de todo persona, lo que se advierte en el estudio de sus respectivas constituciones y leyes procesales. Sin embargo, aunque se reconozca expresamente dicho principio, existen criterios divergentes en determinar el momento procesal en el que se puede ejercitar.

Para realizar este estudio comparado se tuvo en cuenta los países siguiente debido a que provienen en su gran mayoría a un mismo continente y que los unen importantes lazos, como: la historia, la lengua, la cultura la geografía e idiosincrasia, cuyos factores de separación se hacen cada vez menores, pues la diversidad que existe entre estas naciones no es tan grande, ni resultan tan diferentes sus leyes.

Los aspectos en los que se basa el estudio comparado son los siguientes: análisis de las Constituciones con el objetivo de determinar si el principio del derecho a la defensa es reconocido como una garantía fundamental de la persona, y el

examen de las Leyes Procesales Penales tanto en la jurisdicción ordinaria como de lo militar con el propósito de identificar si se refrenda el derecho a la defensa técnica y en qué momento del proceso penal se puede ejercitar.

### 1.4.1 Reconocimiento en la jurisdicción civil.

El derecho a la defensa en Cuba es una garantía fundamental refrendada en la Constitución en su artículo 59. En dicho artículo se establece que nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que estas establecen. Además se refrenda que todo acusado tiene derecho a la defensa. (Constitución de la República de Cuba, 2002).

En correspondencia con ello en la Ley de Procedimiento Penal cubana, correspondiente a la jurisdicción ordinaria emitida en el año 1977, se regula en su artículo 249 el derecho del acusado a defenderse. Dicho artículo plantea que desde el momento en que se dicte la resolución decretando cualquiera de las medidas cautelares que autoriza la ley, el acusado será parte en el proceso. El defensor, a partir del momento procesal a que se refiere el párrafo anterior, podrá establecer comunicación con su representado y realizar las diligencias que considere oportunas.

De esta manera, el ordenamiento penal cubano reconoce de forma explícita el derecho a la defensa, siempre y cuando el acusado esté sujeto a la aplicación de una de las medidas cautelares previstas. De no aplicarse medida cautelar, el acusado tiene derecho a designar abogado una vez formuladas las conclusiones provisionales por parte de la Fiscalía o el acusador particular en su caso y el Tribunal lo requiera por haber estimado procedente abrir la causa a juicio oral.[5] (Ley de Procedimiento Penal de Cuba, 1977)

En España el derecho a la defensa tiene un respaldo constitucional debido a su regulación en el artículo 24.2 en el que se regula que todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser

[5] Artículo 281 de la Ley de Procedimiento Penal cubana: Formuladas las conclusiones por el Fiscal o, en su caso, por el acusador particular, el Tribunal, de estimar completas las diligencias necesarias para proceder, abrirá la causa a juicio oral, teniendo por hecha la calificación y dispondrá se requiera a los acusados y terceros civilmente responsables, con entrega de las copias presentadas, a fin de que designen Abogados para su defensa, de no tenerlos ya designados, bajo el apercibimiento de que, de no hacerlo en el acto o, a más tardar, dentro de cinco días hábiles, se les nombrará Defensor de oficio.

informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.(Constitución de España, 1979).

De esta manera el precepto constitucional español en lo que respecta al derecho a la defensa es más abarcador en relación con lo estipulado en la Constitución cubana. Si bien esta última lo reconoce, se limita en su normativa solamente a enunciarlo y no específica el conjunto de garantías que comprende, es decir, la extensión que abarca el derecho del acusado como medio de garantizar la igualdad entre partes originariamente desiguales.

De igual forma la Ley de Enjuiciamiento Criminal española regula el derecho a la defensa en su artículo 118 en el cual se establece que toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.

La admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra una persona, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados. Para ejercitar el derecho concedido las personas interesadas deberán ser representadas por un procurador y defendidas por letrado. (Ley de Enjuiciamiento Criminal)

Semejante a la legislación cubana, la española refrenda en su normativa el derecho a la defensa, pero con la diferencia que se podrá ejercitar a partir del momento que el presunto culpable tenga conocimiento del hecho que se le está imputando. Es importante destacar que se reconoce la necesidad de contar con una representación profesional desde el inicio de la investigación, haya sido objeto de detención, de medida cautelar o se haya iniciado su procesamiento. contrario sensu, en Ley Procesal Penal cubana se cuenta con abogado defensor solamente a partir del séptimo día de la detención o antes si se impusiere medida cautelar.

De manera similar en Argentina el derecho a la defensa también adquiere un rango de garantía constitucional al estar plasmado en el artículo 18 de la misma. En dicho artículo se establece que ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los

jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. ( Constitución de Argentina, 1995)

Dicho precepto contiene puntos coincidentes con lo regulado en la constitución cubana pues en ambas se refrenda el principio de que nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que estas establecen. Sin embargo en cuanto a la defensa técnica, en la Constitución argentina existe ausencia de normas que de manera específica regulen el derecho a la defensa.

En consecuencia, la Ley de Procedimiento Penal de Argentina garantiza el derecho a la defensa de igual forma, ubicándose un conjunto de normas que de manera más abarcadora regulan la garantía constitucional. Dichas normas se encuentran reconocidas en el artículo 73, regulándose que la persona a quien se le imputare la comisión de un delito por el que se está instruyendo causa tiene derecho, aun cuando no hubiere sido indagada, a presentarse al tribunal, personalmente con su abogado defensor, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan ser útiles. (Código Procesal Penal de Argentina, 1991)

Por otro lado el artículo 104 regula que el imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado o podrá también defenderse personalmente siempre que ello no perjudique la eficacia de la defensa y no obste por la normal sustanciación del proceso.

En este caso el ordenamiento penal argentino refleja un paso de avance en correspondencia con las legislaciones de España y Cuba. Como semejanzas entre ellas se pueden identificar el reconocimiento expreso, de la posibilidad que tiene la persona a la que se le imputa la comisión de un delito, de manifestar sus pretensiones, alegar, presentar y practicar pruebas. Sin embargo se diferencia en que brinda la posibilidad de establecer la defensa material, es decir, la posibilidad de defenderse por sí mismo sin intermediario o presentarse directamente ante el órgano jurisdiccional para aclarar los hechos e indicar todo tipo de prueba que contribuya a probar su inocencia.

En cuanto a Bolivia la garantía en análisis está regulada en su Ley Fundamental y es precisamente en el artículo 16.2 que establece que el derecho de defensa de

la persona en juicio es inviolable. En el apartado 3 manifiesta que desde el momento de su detención o apresamiento, los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor. (Constitucón de Bolivia).

En este caso, la Constitución boliviana es similar con las Leyes Fundamentales analizadas pues refrenda el derecho a la defensa, y específicamente coincide con la Argentina en cuanto a que ambas estipulan el carácter inviolable de la defensa penal en juicio. Sin embargo presenta un punto de avance pues hace alusión expresa al momento procesal en que los acusados pueden ser asistidos por un defensor.

El Código de Procedimiento Penal de Bolivia en su artículo 8 hace referencia al derecho a la defensa del acusado. Establece que el imputado, sin perjuicio de la defensa técnica, tendrá derecho a defenderse por sí mismo, a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas. (Código de Procedimiento Penal de Bolivia, 1999)

Por otro lado en su artículo 9 regula 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. Además, la designación del defensor se efectuará sin dilación ni formalidad alguna, desde el momento de la detención, apresamiento o antes de iniciarse la declaración del imputado.

La legislación boliviana al igual que la de España y Argentina, es más garantista que la cubana, pues establece la posibilidad de que una persona pueda defenderse desde el momento de su detención y conocer de los hechos que se le están imputando sin necesidad de que se le imponga una medida cautelar, lo cual constituye una violación de ese derecho fundamental. Similar a la Ley Procesal Penal argentina, reconoce el derecho de poder defenderse por sí mismo así como proponer las pretensiones y pruebas que estime pertinentes.

En Chile dicho derecho consta de respaldo constitucional y es precisamente el artículo 19.3 el que otorga tal condición al establecer que toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. (Constitución Política de la República de Chile)

El derecho a la defensa en la Ley de Procedimiento Penal chilena se encuentra refrendado en su Artículo 67. El mismo establece que todo inculpado aún antes

de ser procesado en la causa, podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos que le acuerden las leyes y los que el tribunal estime necesarios para su defensa, así como designar abogado patrocinante y procurador. (Código de Procedimiento Penal de Chile, 2000) Desde el punto de vista constitucional, Chile también reconoce el derecho a una defensa jurídica; mientras que la Ley de Procedimiento Penal al igual que la boliviana, la española y la argentina, establece la posibilidad de que una persona pueda defenderse desde los primeros momentos del proceso.

En Ecuador la Constitución regula en el artículo 24 que para llevarse a cabo un debido proceso deberán observarse las garantías básicas, sin menoscabo de otras que se establezcan en la Ley Fundamental, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia. Entre las garantías básicas que regula se encuentra el derecho a la defensa, quedando regulado en el apartado 2 que toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a solicitar la presencia de un abogado.

Por otro lado el apartado 5 regula que ninguna persona podrá ser interrogada, ni aun con fines de investigación, por el Ministerio Público, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el estado, en caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, procesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria. Además en el apartado 10 del mismo artículo se establece que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. (Constituyente, 1998)

En correspondencia con las Constituciones analizadas, la Ley Fundamental ecuatoriana plasma la asistencia de un abogado defensor como un elemento indispensable para la realización de cualquier diligencia, por lo cual le brinda un carácter de fuerza probatoria. Además específica al igual que la Constitución de Bolivia, el momento a partir del cual la persona puede solicitar la presencia de un abogado.

La Ley de Procedimiento Penal de Ecuador regula en el artículo 11 que la defensa del procesado es inviolable. El procesado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas.

Se regula además en el artículo 12 que el procesado tiene derecho a designar un defensor, de no hacerlo, el juez de garantías penales debe designarle de oficio un defensor público, antes de que se produzca su primera declaración. El tribunal de garantías penales puede autorizar que el procesado se defienda por sí mismo. (Código de Procedimiento Penal de Ecuador, 2000)

En similitud con la Ley de Procedimiento Penal de Argentina y Bolivia, la de Ecuador brinda la posibilidad del ejercicio de la defensa material. En cuanto a la entrada de la representación letrada, estipula que la misma debe efectuarse antes de que se produzca la primera declaración del procesado.

En Colombia el derecho a la defensa está regulado en el artículo 29 de su Constitución y en el mismo se establece que todo acusado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento. (Constitución Política de la República de Colombia)

Por su parte en la Ley de Procedimiento Penal colombiana el derecho a la defensa se estipula en su artículo 8 y plantea que en el desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, a ser asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado. Por otro lado el artículo 119 establece que la designación del defensor deberá hacerse desde la captura, si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación. En todo caso deberá contar con este desde la primera audiencia a la que fuere citado. (Código de Procedimiento Penal de Colombia, 2004)

En Perú el derecho a la defensa tiene al igual que las demás constituciones analizadas un amplio respaldo debido a que por un lado el artículo 1 establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado. Por otro lado el artículo 139 en sus apartados 14, 15 y 16 plantean el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. (Constitución Política de Perú)

En la legislación procesal vigente de Perú se brinda un claro tratamiento en el artículo 71 al derecho a la defensa técnica. Dicho artículo plantea, entre otras

cosas; que toda persona tiene el derecho a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para ejercer su autodefensa material. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. (Código Procesal Penal de Perú, 2004)

Las Constituciones de Colombia y Perú de igual manera regulan el derecho a la defensa, con la salvedad que la peruana establece que una persona puede ser asesorada por un abogado desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. La Ley Procesal Penal de Colombia es omisa en cuanto a señalar el momento en que se puede designar abogado, a diferencia de la Ley Procesal Penal de Perú.

A modo de resumen se puede plantear que todas las Constituciones analizadas refrendan el derecho a la defensa como una garantía fundamental del acusado. Por otro lado las Leyes Procesales Penales analizadas, en su mayoría, regulan de una manera más garantista el momento en que el acusado puede ser asistido por un defensor, pues lo establecen a partir de la detención del mismo o desde que tiene conocimiento de la imputación de un hecho delictivo, a diferencia de la Ley Procesal cubana en la cual se ejercita desde un momento más tardío.

### 1.4.2 Reconocimiento en la jurisdicción militar

En cuanto a la Ley de Procedimiento Penal Militar de Cuba**,** en su artículo 7 plantea que todo acusado tiene derecho a la defensa. Durante el desarrollo de la llamada fase preparatoria, el derecho a la defensa está garantizado a través de los artículos que lo especifican como forma de proteger los derechos del acusado. Ejemplo de ello es el artículo 25, en sus apartados 1, 2, 3 los cuales plantean que todo acusado tiene derecho a conocer los hechos que se le imputen y ofrecer explicaciones sobre ellos.

Puede además, proponer pruebas e interponer recursos contra las actuaciones y resoluciones del órgano de investigación primaria, el instructor fiscal, el fiscal o el tribunal; examinar por sí o asistido de defensor, el expediente de fase preparatoria una vez terminado, y proponer la práctica de las pruebas que considere convenientes a su derecho o para el esclarecimiento de los hechos, así como participar en el juicio oral en primera instancia.

En la Sección Segunda de la Ley de Procedimiento Penal Militar se regula en los artículos del 26 al 32 lo relacionado a la llamada defensa técnica a la cual tiene derecho el acusado durante el proceso. Se regula en el artículo 26 que todo acusado, en la oportunidad procesal señalada en dicha Ley, puede designar para que lo represente y defienda, un abogado, un militar, un representante de la organización social a que pertenezca o asumir su propia defensa. Cuando alguno de los acusados sea un incapacitado físico o psíquico y se halle impedido de ejercer por sí mismo el derecho a la defensa, el defensor podrá intervenir en el proceso a partir del momento en que se imponga a aquél alguna de las medidas cautelares que esta Ley autoriza.

En los artículos del 251 al 256 de la Ley Procedimiento Penal Militar se regula que cuando el instructor o fiscal a cargo de la instrucción considere que las pruebas practicadas son suficientes para fundamentar las conclusiones acusatorias, comunicará al acusado que la instrucción a concluido, instruyéndolo del derecho que le asiste a designar defensor. En tal sentido podrá solicitar que se le designe un defensor o asumir su propia defensa, lo que realizará en el acto o en el término de cinco días, así como a examinar por sí o con la asistencia de su defensor el expediente dentro del término de tres días, pudiendo tomar las notas del proceso que estime pertinentes solicitando ampliaciones de las investigaciones de estimarlo oportuno. (Ley de Procedimiento Penal Militar de Cuba)

En España la Ley de Procedimiento Penal Militar en su artículo 125 establece que tan pronto como se comunique a una persona la existencia de un procedimiento del que pudieran derivarse responsabilidades penales en su contra, se le instruirá de su derecho a la asistencia letrada, y en todo caso, si hubiera sido acordada su detención, prisión u otra medida cautelar o se dictare contra la misma auto de procesamiento, será requerida para que designe abogado defensor o solicite su designación en turno de oficio. (Código de Procedimiento Penal Militar de España, 1989) En ambas leyes procesales se regula el derecho a la defensa técnica pero en la española el momento en que ocurre es anterior y por tanto da mayor garantía al procesado.

El Código de Justicia Militar de Argentina en cuanto al derecho a la defensa regula en su artículo 96 que todo procesado ante los tribunales militares debe nombrar defensor. Por otro lado en el artículo 343 y 344 establecen que resuelta la elevación a plenario, se remitirán con oficio, al presidente del consejo de guerra

que corresponda, el expediente de la causa y las piezas de convicción. Recibido todo, se hará constar en autos por medio de una nota, y si el procesado no hubiere nombrado defensor, el presidente proveerá intimando lo haga en el acto de la notificación, bajo apercibimiento de nombrarlo de oficio. (Código de Procedimiento Penal Militar de Argentina, 1951)

En Bolivia el Código de Procedimiento Penal Militar en su artículo 5 establece que el derecho de defensa es amplio e inviolable. Los defensores se comunicarán libremente con sus defendidos cuantas veces lo crean necesario, pero es omisa en cuanto al momento procesal de su entrada. (Código de Procedimiento Penal militar de Bolivia) No obstante, lo señala en la Constitución en su artículo 9 donde regula 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.

En Chile el Código de Procedimiento Penal Militar en su artículo 150 plantea que cuando se elevare la causa a plenario, el fiscal ordenará poner los autos en conocimiento del o los inculpados para que en el término de seis días respondan a los cargos que existan en su contra. Por otro lado el artículo 151 regula que en el momento de la notificación del decreto anterior, la cual deberá hacerse personalmente, el o los procesados deberán señalar el nombre de su abogado defensor. (Código de Procedimiento Penal Militar de Chile, 1944)

En cuanto Ecuador el juicio penal consta de sumario y plenario. El sumario comprende las diligencias o actuaciones que el Juez de Instrucción debe practicar para investigar y hacer constar la existencia del hecho delictuoso, con todas sus circunstancias, sea cualquiera la manera como hubiere llegado a su conocimiento la perpetración del hecho, las diligencias indagatorias que conduzcan a descubrir a los autores, cómplices o encubridores y las que puedan influir en la calificación del grado de culpabilidad de los enjuiciados. El plenario se inicia con el auto motivado y comprende el procedimiento y las actuaciones especiales para comprobar la culpabilidad o inocencia de los acusados, condenarlos o absolverlos, de conformidad con los dictados de la Ley, méritos del proceso y el cumplimiento de lo resuelto por los Consejos de Guerra y Corte de Justicia Militar, en los respectivos casos determinados por este Código.

Luego de concluido el sumario y emitida la vista fiscal, es que se concede el derecho a la defensa técnica en el procedimiento penal militar ecuatoriano para el imputado. Precisamente el artículo 71 establece que el Comandante de Zona, de

no estar prófugo el acusado y de estimar hallarse infracción y haber indicios y otras pruebas de culpabilidad contra el sindicado, dictará un auto llamándole a juicio plenario y ordenándole que rinda su confesión y que nombre defensor dentro de dos días. (Código de Procedimiento Penal Militar de Ecuador, 1961)

En Colombia el Código Penal militar establece todo lo relacionado con la defensa del imputado. El artículo 179 estipula que el desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que concierne a ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado.

Por otro lado el artículo 280 plantea que la designación del defensor deberá hacerse desde la captura, si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación. En todo caso contará con este desde la primera audiencia a la que fuere citado. El presunto implicado en una investigación podrá designar defensor desde la comunicación que de esa situación le haga la Fiscalía. (Código Penal Militar de Colombia, 2010)

En Perú el Código de Justicia Militar establece en su Título Preliminar, específicamente en el artículo XII, que en toda actuación se garantizará el derecho de defensa, la que deberá ser integral, ininterrumpida, técnica y material. En relación con lo anterior, el artículo 208 establece todos los derechos del imputado, precisando en el apartado 3 que el acusado tiene derecho a ser asistido por un abogado defensor desde el primer acto del procedimiento. (Código de Justicia militar de Perú, 2006)

Las Leyes Procesales Penales militares de España, Colombia y Perú, regulan de una manera más garantista el momento en que el acusado puede ser asistido por un defensor. Todas estas legislaciones lo establecen a partir de la detención del mismo o desde que tiene conocimiento de la imputación de un hecho delictivo. La Ley Procesal Penal cubana, argentina, boliviana, ecuatoriana y chilena; a diferencia de estos países, regulan la entrada de la defensa técnica en un momento tardío del proceso.

En conclusión el proceso penal es el conjunto o sucesión de actos, ordenados progresivamente que conforman una unidad, cuyo máximo interés es conseguir la cosa juzgada. Ese conjunto de actos que conforman el proceso penal están en correspondencia con el objeto del proceso, el cual constituye el hecho delictivo y todas las circunstancias relacionados a tal hecho y que dieron origen al mismo.

Tal hecho se concreta en la pretensión punitiva expuesta por el fiscal en sus conclusiones acusatorias y de aquí se deriva el fin del proceso penal que es precisamente encontrar la infracción delictiva y juzgar al culpable de tales hechos.

Por otro lado, un debido proceso debe ofrecer todo un conjunto de garantías que protejan al ciudadano sometido a él. Debe asegurar además una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica, la racionalidad, entre otras. Por tanto una de las garantías que no puede dejar de brindar es precisamente el derecho a la defensa.

El derecho a la defensa es el conjunto de facultades en manos del acusado para repeler la imputación. Dicha garantía de una forma u otra está presente en los diferentes cuerpos normativos analizados, lo que significa que se ha hecho extensivo a través del tiempo el reconocimiento que debido a su importancia merece. Es un derecho de indudable valor tanto para el imputado como para el debido proceso por lo que requiere de una regulación capaz de cubrir todas las posibilidades que en principio brinda. Se evidencia además que es necesario para Cuba como para otros países, que se regule adecuadamente el derecho a la defensa técnica en la fase investigativa de la jurisdicción militar, debido a que su morosa entrada conduce al estado de indefensión en el acusado.

# CAPITULO II. EL DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA DEL ACUSADO EN LA FASE PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL MILITAR CUBANO

## 2.1 Actos que integran la fase preparatoria del proceso penal militar cubano.

El proceso penal cubano, a partir de lo regulado en la Ley de Procedimiento Penal se divide en dos etapas: la fase preparatoria y la fase del juicio oral. En la primera etapa predominan instituciones y métodos que se corresponden más con el sistema inquisitivo, mientras que en la posterior prevalecen las instituciones y formas del sistema acusatorio, esta integración es lo que permite calificar el procedimiento como afiliado al sistema mixto.

En la Ley de Procedimiento Penal Militar Cubana los actos que comprenden la fase preparatoria; según lo dispuesto en el artículo 92[6] comienzan cuando se revelan sospechas de haberse cometido un delito. Dicha etapa está constituida por el conjunto de diligencias previas al juicio oral, encaminadas a comprobar la existencia del delito y sus circunstancias. Además de recoger y conservar los instrumentos y piezas de convicción.

**a) Inicio de la fase preparatoria**

El artículo 93 de la ley se refiere textualmente al inicio de la etapa preparatoria y define que sólo se inicia expediente por delitos o contravenciones, en virtud de; denuncia, noticias que se reciban por cualquier medio, confesión del participante en el hecho, descubrimiento directo de indicios de un delito por el órgano de investigación primaria, el Jefe Militar, el Instructor Fiscal, el Fiscal o el Tribunal.

El propio artículo aclara que, no obstante, estas circunstancias no siempre dan motivo al comienzo directo del expediente, al señalar que “en los casos 1), 2) y 3)

[6]Artículo 92. La fase preparatoria se inicia cuando se revelan indicios de haberse cometido algún delito o contravención; y está constituida por el conjunto de diligencias previas al juicio oral, encaminadas a comprobar la existencia del delito o contravención y sus circunstancias, recoger y conservar los instrumentos y piezas de convicción y practicar cualquier otra diligencia que no admita dilación, de modo que permitan calificar legalmente el hecho y determinar el grado de participación de los presuntos responsables, disponiendo, en su caso, el aseguramiento del acusado si procede. La fase preparatoria estará a cargo del Instructor Fiscal o del órgano de investigación primaria constituido en la forma prevista en esta Ley y, en todo caso, dirigidos por el Fiscal.

sólo se iniciará el expediente cuando concurran indicios suficientes de la comisión de un delito". Esto significa que salvo el caso de que se descubra directamente por un agente policial o una de las autoridades mencionadas el hecho delictivo o indicios sobre éste, las demás formas descritas en la ley requieren de alguna ampliación o verificación previa, para poder fundamentar el inicio del expediente.[7]

**b) Investigación Primaria**

Los investigadores militares son los encargados de realizar la investigación primaria en los expedientes iniciados por los órganos referidos, contra las personas sujetas a la Ley de Procedimiento Penal Militar Cubana. Así mismo realizan las diligencias que les sean encomendadas por los Instructores Fiscales y Fiscales.[8]

Cuando existan indicios racionales de haberse cometido un delito de competencia de los Tribunales Militares, el órgano de investigación primaria dispone el inicio del expediente de fase preparatoria. Se designa entonces al investigador militar que practicará las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, así como la determinación del autor. Puede para ello detener al acusado, así como realizar las acciones que se establecen en el artículo 128.[9]

**c) La detención**

En cuanto a la detención la Ley de Procedimiento Penal Militar Cubana establece que todo militar debe detener al que intentare cometer un delito, en el momento de cometerlo, durante su ejecución o inmediatamente después; al que se fugue del lugar en que se encuentre privado de libertad, ya sea ésta debido a medida cautelar o a ejecución de la sanción; al que se ausente de la unidad o lugar donde preste su servicio sin la debida autorización o al acusado declarado en rebeldía.[10]

---

[7] Artículo 93 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.

[8] Artículo 127 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.

[9] Artículo 128.- Cuando existan indicios racionales de haberse cometido un delito de la competencia de los Tribunales Militares, el órgano de investigación primaria dispone el inicio del expediente de fase preparatoria y designa al investigador militar, el que practicará las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos y de sus circunstancias y determinación del autor, pudiendo para ello detener al acusado en los casos y en la forma que la ley establece e interrogarlo, practicar inspección ocular, registros, y las demás diligencias reguladas en la presente Ley, así como interrogar al perjudicado y a cuantas personas conozcan de los hechos que se investigan.

[10] Artículo 109 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.

El jefe de unidad u órgano de investigación primaria que reciba a una persona detenida, lo comunicará dentro del término de setenta y dos horas al Fiscal Militar correspondiente, informándole los particulares que establece la ley.[11]

**d) La medida cautelar**

Según V. GARCÍA las medidas son las actuaciones a practicar o adoptar preventivamente en determinados casos previstos en la Ley, y cautelares significa que se pueden adoptar preventivamente y estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice; no obstante podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado. TORREALBA señala que la finalidad de éstas es garantizar la ejecución de las decisiones judiciales, mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos que corresponde dilucidar en el proceso. Apuntan pues, a evitar que las sentencias se hagan ilusorias, a conservar la igualdad procesal mediante el mantenimiento de las situaciones existentes al inicio del proceso y a impedir cualquier circunstancia que pueda alterar las mismas. (García)

Las medidas cautelares según GÓMEZ ORBENEJA son el conjunto de actuaciones encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte. Puede verse también como la pretensión de asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el juez, o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio oral ante el juzgador. (Neto, 1999) En fin, es una institución de naturaleza procesal de incuestionable valor dentro de la rama del derecho procesal, en razón de que permite a los justiciables una mayor seguridad jurídica, en el sentido de precaver que un fallo judicial quede ilusorio o no pueda ejecutarse cabalmente.

---

[11]Artículo 111. El jefe de unidad u órgano de investigación primaria que reciba a una persona detenida, lo comunicará dentro del término de setenta y dos horas al Fiscal Militar correspondiente, informándole la fecha y hora de la detención y explicándole sucintamente los motivos de la misma. El Fiscal, si se trata de un civil, informará de la detención a los convivientes del detenido y a su centro de trabajo. En todo caso, en el término de setenta y dos horas, dejará sin efecto la detención o adoptará la medida cautelar que proceda.

En cuanto a la aplicación de la medida cautelar en el proceso militar, el fiscal por sí o a propuesta del investigador o del instructor fiscal puede disponer la imposición al acusado de alguna de las medidas cautelares previstas en el artículo 113.[12] La aplicación de una medida cautelar se hará mediante resolución fundada que contendrá todas las formalidades que establece el artículo 123.[13] Se notificará inmediatamente al acusado y al perjudicado, informando además que contra ella podrán recurrir en queja, dentro de los cinco días siguientes. El fiscal remite copia de esta resolución al tribunal correspondiente, para que en el término de setenta y dos horas valore si ratifica, modifica o revoca la medida cautelar dispuesta mediante resolución dictada al efecto.

Las medidas cautelares pueden adoptarse, modificarse o revocarse, de oficio o a instancia de los participantes en cualquier momento, observándose en lo pertinente las formalidades establecidas en el artículo anterior. Además se revoca cuando no haya necesidad racional de mantenerla o se modifica por una más severa o más benigna cuando así lo requieran las circunstancias. La revocación o modificación se realiza mediante resolución fundada e igualmente se notifica inmediatamente al acusado y se informa al perjudicado.[14]

**e) Acciones de instrucción**

La instrucción del expediente se realiza por los instructores fiscales, independientemente del cargo y grado militar del acusado. Por disposición del fiscal, la instrucción de los expedientes iniciados por delitos contra la seguridad del Estado, puede ser realizada por Instructores de los órganos de la seguridad estatal. Asimismo, el Fiscal puede disponer que la instrucción de los expedientes

[12]El fiscal, por sí o a propuesta del investigador o del instructor fiscal puede disponer la aplicación al acusado de alguna de las medidas cautelares siguientes: prisión preventiva; compromiso de no abandonar su domicilio; vigilancia por el mando militar; fianza en efectivo; fianza moral por la empresa u organización social a la que pertenezca o la obligación contraída en acta de presentarse periódicamente ante quien se le señale.

[13]Al aplicar una medida cautelar se dictará resolución fundada, que contendrá el lugar; fecha; hora; funcionario que la dispone; persona a la cual se dicta; sobrenombre si lo tuviere; lugar de nacimiento; edad; estado civil; nombre de los padres; grado militar que ostente y unidad a que pertenece, si es militar; lugar donde trabaje, si es civil; profesión; arte u oficio; grado de escolaridad; si tiene familiares a su cargo y parentesco con éstos; vecindad; si ha sido sancionado, delito y sanción impuesta; el delito de que se le acusa; relación sucinta de los hechos y razones que se tuvieron para elegir la medida cautelar impuesta. Esta resolución se notificará inmediatamente al acusado y al perjudicado, haciéndoles saber que contra ella podrán recurrir en queja, dentro de los cinco días siguientes. El fiscal remitirá copia de esta resolución al tribunal correspondiente, el cual, en el término de setenta y dos horas, podrá ratificar, modificar o revocar la medida cautelar dispuesta mediante resolución dictada al efecto.

[14]Artículos 124 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.

iniciados por delitos en que participen conjuntamente militares y civiles sea realizada por los instructores policiales.[15]

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 140, la instrucción se efectuará dentro de un término de treinta días, contados desde el inicio del expediente hasta su remisión al fiscal con las conclusiones acusatorias o la proposición que proceda. Cuando el instructor fiscal no pueda terminar la instrucción dentro del término establecido, dará cuenta antes de su vencimiento al fiscal, señalando los motivos que le impiden concluir ésta y las diligencias pendientes de practicar, y solicitará la prórroga que estime necesaria de acuerdo con las circunstancias. Si el fiscal accede a la prórroga solicitada, fijara un nuevo término que no exceda de treinta días si el que resuelve es el fiscal militar de guarnición, o de sesenta días si es el fiscal militar territorial. Excepcionalmente, el Vice fiscal General, Jefe de la Fiscalía Militar, puede conceder un nuevo término.

Los instructores fiscales practican cualquier diligencia propuesta por el acusado encaminado a demostrar su inocencia o a poner de manifiesto circunstancias que atenúen su responsabilidad, siempre que puedan ser útiles con este fin. Si rechaza total o parcialmente la propuesta referida, dictará resolución fundada exponiendo las razones que tiene para ello, la que notificará al acusado, instruyéndolo a la vez, del derecho que le asiste de recurrir en queja dentro de los cinco días siguientes al de la notificación.[16]

- La inspección en el lugar de los hechos que como su nombre indica se refiere a la observación, no simplemente mediante la vista, sino empleando todos los sentidos humanos e instrumentos y otros medios que permiten descubrir, revelar, fijar y levantar las huellas e indicios de cualquier tipo que puedan ser hallados en el lugar donde se cometió un hecho delictivo y que sean de posible utilidad para la investigación. (Pereira, 2006) El artículo 146 establece que cuando el investigador militar, el instructor fiscal o el fiscal lleven a efecto una inspección en el lugar de los hechos deben proceder en la forma que exige el propio artículo. Por otro lado el artículo 147 regula que el acusado, el perjudicado o cualquiera de los testigos pueden ser citados para que participen en la diligencia de inspección.

[15]Artículos 132 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.
[16]Artículo 142 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.

- Para la identificación del acusado y determinación de sus circunstancias personales el artículo 158 regula que dicha diligencia se practica situando a la vista del que hubiere de verificarla, a la persona que haya de ser reconocida, en unión de tres o más de aspecto físico semejante. A presencia de todas ellas o desde un punto en que no pueda ser visto a juicio del actuante, manifestará si se encuentra en el grupo la persona a quien se refirió en sus declaraciones, señalándola en caso afirmativo en forma precisa y determinante. Se requiere siempre la participación de los testigos presenciales de la diligencia.
- La declaración del acusado es una de las acciones de instrucción más importante dentro de esta etapa y en la que tiene una especial trascendencia el cumplimiento de las garantías legales. En cuanto a esta diligencia la Ley de Procedimiento Penal Militar establece en su artículo 165 y siguientes ciertos derechos con los que cuenta el acusado para la realización de esta acción. Ejemplo de ello es que el acusado no está en la obligación de declarar en su propio proceso, no se podrá ejercer violencia ni coacción. Además el acusado puede declarar cuantas veces lo solicite sobre asuntos que tengan relación con el expediente, dictar su declaración o escribirla de su puño y letra, consultar apuntes y notas, así como leer por sí mismo el acta de su declaración. Si no hiciere uso de ese derecho, le será leída por el actuante.

  En la primera comparecencia del acusado, se le hará saber de qué se le acusa, por quién y los cargos que se le dirigen, se le explicarán los derechos que le conceden los artículos 165 y 168. Si se presta a declarar mostrará su identificación, se le preguntará nombre y apellidos, sobrenombre si lo tuviere, lugar de nacimiento, edad, estado civil, nombre de los padres, grado que ostente, unidad a que pertenezca, lugar donde trabaja, profesión, arte u oficio, grado de escolaridad, hijos, vecindad, si ha sido sancionado, por qué delito y la sanción que se le impuso, así como otros datos que resulten de interés para el proceso.

  La declaración del acusado se consignará en acta procurándose hacerlo, en cuanto sea posible, con las propias palabras empleadas por él. Antes de cerrar el acta, se invitará al acusado a leerla por sí mismo. Si renunciara a este derecho, el actuario la leerá en voz alta, lo que también se hará constar, así

como las observaciones y rectificaciones que hiciere en esta oportunidad. Finalmente, será firmada por todos los que intervengan en la diligencia.[17]

- En el capítulo XII se regula lo referente a la declaración de los testigos, en correspondencia con la importancia que la prueba testifical posee en los procedimientos de carácter penal. En su primer precepto, el artículo 174 establece que todas las personas que residan en el territorio nacional, tienen la obligación de comparecer para declarar como testigos, siempre que sean citadas con las formalidades legales. En determinados casos, a juicio del actuante, se puede prescindir de la comparecencia personal del testigo y se le requerirá para que preste declaración por escrito sobre los hechos de que conozca. Todos los testigos que no se hallen privados de la razón se hallan obligados a declarar.
- En cuanto al careo de testigos y acusados se regula en el artículo 193 que cuando no concuerden entre sí las declaraciones de dos o más testigos, o la de alguno de éstos con las de los acusados, o las de cualquiera de éstos entre sí, acerca de algún hecho o circunstancia de interés para el esclarecimiento del mismo, el actuante puede celebrar careos entre los discordes, cuando ello sea absolutamente imprescindible para la aclaración del aspecto controvertido. Esta diligencia no tendrá lugar, por regla general, entre más de dos personas.

  No se hará intervenir al acusado en un careo sin obtener previamente su consentimiento y, de prestarse a ello, no puede obligársele a contestar pregunta alguna. En cualquier momento en que el acusado desista de continuar tomando parte en el careo, éste se dará por terminado.
- El dictamen periciales una de las actuaciones más importantes de la fase preparatoria, con la particularidad de que el instructor no la realiza por sí mismo, sino que dispone su práctica por los peritos que puede designar, es decir, por especialistas de elevada calificación en alguna rama de la ciencia o de reconocida experiencia práctica en algún oficio u otra actividad, que pueden emitir criterios calificados sobre el asunto que se somete a su consideración. Según el artículo 196 puede disponerse el dictamen pericial para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia de importancia en el proceso que requiera conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos.

[17]Artículo 165, 166, 167,168, 169, 170,171 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.

- La diligencia de entrada y registro se dispone para tratar de localizar en ellos al acusado, los efectos del delito u otros objetos que puedan ser útiles a los fines de la investigación. (Pereira, 2006) Según el artículo 212 el fiscal, o el Instructor fiscal, con la aprobación del primero, puede disponer mediante resolución fundada la entrada y registro en cualquier edificio, unidad militar u otro lugar público o domicilio privado, cuando existan indicios de encontrarse en ellos el acusado, los efectos o instrumentos del delito o cualquier documento u objeto que puedan servir para el descubrimiento y comprobación del hecho que se investiga.
- En el capítulo XVI se regula todo lo relacionado con la retención y apertura de la correspondencia. Es precisamente el artículo 230 el que establece que el fiscal o el instructor fiscal con autorización del primero, pueden disponer mediante resolución fundada, la retención, apertura, examen y ocupación de la correspondencia privada de cualquier clase que remita o reciba el acusado, cuando, a su juicio, el examen de ella resulte necesario para el esclarecimiento o comprobación de algún hecho o circunstancia de importancia para la investigación.
- La retención de la correspondencia puede encomendarse al administrador o jefe de la oficina de correos en que ésta se encuentre. Realizada la retención, se remitirá inmediatamente a quien la hubiere dispuesto, que será el único facultado para su apertura. El artículo 231 plantea la posibilidad de disponer que cualquier administrador o jefe de oficina de correos remita copia de los telegramas, radiogramas o cablegramas que trasmita o reciba el acusado o que haya trasmitido o recibido antes.
- El artículo 233 de la ley regula lo relacionado con el embargo de bienes, estableciendo que con el fin de garantizar la ejecución de la responsabilidad civil o de la posible confiscación de bienes, puede disponerse, mediante resolución fundada del Fiscal, o del Instructor Fiscal, previa aprobación del primero, el embargo de bienes del acusado o del tercero civil responsable. Asimismo, puede disponerse el embargo de los bienes que hayan sido obtenidos ilegalmente, cualquiera que sea la persona en cuyo poder se encuentren. El embargo de bienes puede disponerse y ejecutarse conjuntamente con la diligencia de entrada y registro.

- En cuanto al experimento de instrucción se dispone en el artículo 239 y 240 que con el fin de comprobar y precisar el hecho que se investiga o aspectos importantes del mismo, el instructor fiscal o el fiscal podrán disponer un experimento de instrucción que consistirá en la reproducción de los actos ejecutados y sus circunstancias en la forma más fielmente posible. Esta diligencia se practicará siempre con la participación de dos testigos presenciales. El que practique el experimento de instrucción podrá realizar mediciones, tomar fotografías y confeccionar planos y esquemas.

  Durante el experimento no se realizarán actos que puedan menoscabar la dignidad o el honor de las personas que en él participen o redundar en perjuicio de su salud. De considerarse necesario podrán participar en el experimento de instrucción el acusado si se prestare a ello, el perjudicado o cualquiera de los testigos que hayan o no declarado en el expediente. El instructor fiscal o el fiscal cuando efectúe el experimento de instrucción, podrá solicitar la presencia de peritos para que intervengan en la diligencia.

**f) Sobreseimiento del expediente y conclusiones de instrucción**

El término sobreseer según ALDO PRIETO (1982) proviene de latín *super cederé* y significa literalmente sentarse sobre, lo que en lenguaje forense se traduce como detener el curso de las actuaciones, dejarlas en el estado en que están, es decir, archivarlas. Dicho término constituye una institución procesal y significa cesar la tramitación del proceso, ya sea temporalmente o de modo definitivo.

El sobreseimiento puede ser libre o provisional, total o parcial. El libre equivale a una sentencia absolutoria y sólo puede revocarse en los casos previstos en los artículos 247 y 447. El provisional tiene carácter temporal y permite continuar el curso del expediente siempre que aparezcan nuevos elementos o haya méritos suficientes para ello.

El sobreseimiento total comprende a todos los acusados y hechos investigados, el parcial queda limitado a determinados acusados o hechos. Cuando sea parcial, se continúa el expediente con respecto a los acusados o hechos no comprendidos en el sobreseimiento.[18] En cuanto al provisional, ya sea total o parcial, procede en los casos que establece el artículo 242[19] y en el caso del sobreseimiento libre,

[18]Artículo 241 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.

[19]Artículo 242. Procede el sobreseimiento provisional, total o parcial: 1) cuando no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas, como partícipe de un delito; 2)

total o parcial, procede cuando se incurre en las causales establecidas en el artículo 244 de la ley.[20]

Cuando el instructor fiscal considere que las pruebas practicadas son suficientes para fundamentar las conclusiones acusatorias, comunicará al acusado que la instrucción ha concluido, instruyéndolo del derecho que le asiste de designar o solicitar que se le designe defensor, o a declarar que asume su propia defensa en el acto o en el término de cinco días, así como a examinar, por sí o con la asistencia de su defensor, el expediente dentro del término de tres días, contados a partir del momento en que hizo la designación o asumió su propia defensa.[21]

La instrucción concluye con la formulación de las conclusiones acusatorias la resolución para la posible imposición de una medida de seguridad, remitiendo el expediente al Tribunal y poniendo al acusado a su disposición, o con la resolución disponiendo el sobreseimiento libre.[22]

**g) Recursos en la fase preparatoria**

Los funcionarios y tribunales que intervienen en el proceso penal, al dictar sus resoluciones pueden incurrir en errores. La necesidad de corregir tales faltas para evitar injusticias, hace que el propio legislador cree una vía que permite el reexamen de esas decisiones. Esta vía la constituyen los recursos, que también son denominados medios de impugnación. Para ello la ley establece en cada caso, quienes están legitimados para recurrir en mérito a sus intereses.

---

cuando alguna organización política, colectivo militar u organismo de la Administración Central del Estado lo solicite y, asuma el compromiso de reeducar al acusado y siempre que por la naturaleza del delito y las características personales del acusado puede ser éste considerado de escasa peligrosidad social, que el delito no haya producido graves consecuencias y que el acusado por su conducta posterior demuestre haberse arrepentido de sus actos. En cualquier caso, antes de acordarse el sobreseimiento provisional, deberán practicarse todas las diligencias de instrucción que sean posibles.

[20]Artículo 244. Procede el sobreseimiento libre, total o parcial, cuando: 1) concurre alguna de las causales correspondientes previstas en el artículo 94; 2) no se hubiere producido el hecho que dio origen al expediente; 3) el acusado haya cometido delito en estado de enajenación mental o trastorno mental transitorio, de acuerdo a lo establecido en la ley penal y siempre que no se requiera la aplicación de una medida de seguridad; 4) el acusado haya cometido un delito militar de poca peligrosidad social bajo los efectos de algún trastorno de la personalidad, que de acuerdo con los reglamentos vigentes constituya una causal de baja como militar; 5) pueda determinarse que el hecho que dio origen al expediente ha perdido su carácter socialmente peligroso o que el autor ha dejado de ser peligroso para la sociedad, por haber cambiado las circunstancias existentes en el momento de cometerse el delito relacionadas con el hecho o con la personalidad del acusado; 6) el delito imputado sea de poca entidad y de acuerdo con las características del hecho y la personalidad de la acusado, pueda presumirse que éste rectificará su conducta sin necesidad de la aplicación de una sanción penal, bastando la actuación de un Tribunal de honor.

[21]Artículo 252 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.

[22]Artículo 256 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.

En la etapa preparatoria procede el recurso de queja contra las actuaciones y resoluciones del órgano de investigación primaria, del investigador militar, del instructor fiscal o del fiscal militar, que se estimen ilegales o infundadas. El recurso contra las actuaciones o resoluciones del órgano de investigación primaria, del investigador militar o del instructor fiscal, puede presentarse directamente ante cualquiera de ellos o ante el fiscal correspondiente, quien resuelve sobre su procedencia. Si se interpone contra las actuaciones o resoluciones del fiscal, podrá ser presentado ante él o ante el fiscal inmediato superior, el que resuelve lo procedente. Pueden establecer el recurso las personas que resulten directamente afectadas por la actuación o resolución o sus representantes.[23]

El termino para interponer el recurso es de 5 días después de notificada la resolución o del conocimiento de las actuaciones. Puede ser por escrito o verbalmente. En este último caso, quien lo reciba, lo hará constar por diligencia, la que será firmada por el actuante y el recurrente, entregándole copia a este último si así lo solicitara.

Para resolver dicho recurso el fiscal cuenta con un término de 3 días contados a partir de su recibo. Lo hará mediante resolución fundada en la que declarará su procedencia o improcedencia, la cual comunicará inmediatamente al recurrente y al que dictó la resolución o ejecutó el acto impugnado.[24]

**h) La inspección fiscal de la legalidad durante la fase preparatoria.**

El fiscal inspeccionará periódicamente la legalidad de los expedientes iniciados por el órgano de investigación primaria, y cuando determine que la resolución por la que se inició el expediente carece de fundamentos legales dictará resolución revocando la del órgano de investigación primaria.

De haberse practicado alguna diligencia de investigación, dictará resolución disponiendo el archivo del expediente. Así mismo, cuando observe que se ha denegado sin fundamento legal el inicio de un expediente, dictará resolución revocando dicha decisión y dispondrá su inicio.

Para la inspección de la observancia de la legalidad durante la investigación primaria y la instrucción, el fiscal militar está en la obligación de:

[23]Artículo 268 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.
[24] Artículo 269 y 271 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.

1. Adoptar las medidas pertinentes para que ni un solo delito quede sin descubrir, y ningún comisor evada su responsabilidad,
2. Velar porque a persona alguna se le exija responsabilidad penal en forma ilegal o infundada o le sean limitados sus derechos.
3. Cuidar que no sean violadas las normas establecidas en esta ley relativas a la investigación primaria y la instrucción,
4. Impedir que alguien se encuentre en prisión preventiva sin la resolución del fiscal o del tribunal,

Para el cumplimiento de las obligaciones señaladas el fiscal miliar está facultado para:

- Emitir instrucciones sobre la realización de la investigación primaria o la instrucción; elegir, modificar o revocar las medidas cautelares aplicadas; anular o modificar las actuaciones sobre la calificación del delito, así como ordenar la realización de cualquier otra diligencia de instrucción o la búsqueda del acusado ausente.
- Exigir que le sean entregados los expedientes, piezas de convicción, informes y otros documentos relacionados con la investigación primaria, la instrucción y con la búsqueda de los acusados, así como todo lo relacionado con cualquier hecho delictivo,
- Participar en el desarrollo de las investigaciones o de la instrucción y, de estimarlo necesario, realizar personalmente la instrucción o alguna diligencia de esta en cualquier expediente.
- Devolver el expediente al órgano de investigación primaria o al instructor fiscal con sus instrucciones por escrito, para que estos realicen una investigación o instrucción complementaria.
- Dejar sin efecto las actuaciones o resoluciones ilegales infundadas del órgano de investigación primaria o del instructor fiscal.
- Disponer la sustitución del investigador militar o sustituir al instructor fiscal en el proceso e investigación o instrucción cuando hayan incurrido en violaciones de la ley,
- Con el fin de garantizar una investigación completa, multilateral y objetiva de un expediente, retirar este del conocimiento de un órgano de

investigación primario y asignarlo a un instructor fiscal, así como de este a cualquier otro instructor.

- Encomendar a los órganos de investigación primaria la ejecución de cualquier diligencia de instrucción en un expediente de fase preparatoria.

Las instrucciones del fiscal militar se dan por escrito y son obligatorias para los órganos de investigación primaria y el instructor fiscal en los expedientes que estos investigan o instruyen.

## 2.2 Algunos actos de la fase preparatoria que debieran realizarse con la participación del abogado defensor.

Dentro de la fase preparatoria del proceso penal militar cubano existe un conjunto de actos que debieran desarrollarse con la participación del abogado, pues de esa forma se contribuye al equilibrio de las partes dentro del proceso, eliminándose el desbalance en los principios de contradicción e igualdad a favor de la parte acusadora. Esta es la única vía posible para destacar una correcta impartición de justicia y un buen desenvolvimiento del juicio oral. Mientras que el acusado no cuente con una defensa técnica que supla su desconocimiento en las diligencias llevadas a cabo en esta etapa, le será sumamente imposible emplear o salvaguardar todas las garantías que la ley le ofrece.

Las acciones de instrucción conforman uno de los componentes más importante de la fase preparatoria, y es ahí donde la defensa técnica podría adquirir una importante trascendencia debido al estado de indefensión con el que cuenta el acusado. Dicho estado de indefensión no es precisamente porque la ley es omisa en cuanto a garantías procesales con las que puede contar, sino que lo adquiere como es lógico por la falta de conocimientos. Si a lo anterior se une la incapacidad de representación letrada, traerá como consecuencia la vulnerabilidad de una parte dentro del proceso frente a la otra.

A partir de las cuestiones analizadas se considera que el abogado debe estar presente en varias de las acciones referidas, los elementos que sustentan algunas de ellas son los siguientes:

En cuanto a la aplicación de la medida cautelar la propia ley establece; en primer lugar, que su imposición se notificará inmediatamente al acusado, informándolo además que contra ella podrá recurrir en queja. Esto implica que el acusado

puede llevar a cabo la acción de recurrir. Se revoca además cuando no haya necesidad racional de mantenerla o se modifica por otra más benigna cuando así lo requieran las circunstancias.[25]

Una medida cautelar implica por si sola la privación o limitación del estado de derecho de la persona sujeta a ello, lo que significa una afectación personal que requiere de todas las garantías necesarias para evitar que con su aplicación no concurran violaciones; la defensa técnica garantizaría, en primer lugar, que estas no puedan ser aplicada como vía de investigación sino como resultado de esta. Con relación a Ia identificación del acusado como acción de instrucción se practica situando a la vista del que hubiere de verificarla, a la persona que haya de ser reconocida, en unión de tres o más de aspecto físico semejante.[26]

En este caso la aplicación deficiente de esta medida o el incurrir en violaciones de los procedimientos establecidos pueden llevar a la identificación errónea de una persona con las consecuencias que de ello se pueden derivar para el proceso y para ella. A partir de eso se requiere de la presencia del defensor en el momento de la identificación del acusado y/o tener acceso a los procedimientos aplicados en otros casos para reconocimiento.

La defensa técnica contribuiría a garantizar que la medida se aplique en correspondencia con los procedimientos que se establecen en las normativas de la instrucción, ejemplo de ello pueden ser los siguientes:

- Para el reconocimiento personal deben presentarse varias personas con características físicas y en circunstancias similares a las que existieron en el momento en que fueron vista por el que hubiere de verificarla.
- Para otros tipos de reconocimientos como voces, se requiere que los elementos a reconocer se presenten en características y circunstancias semejantes.

En la declaración del acusado concurren según la ley toda una serie de garantías que el defensor debiera estar exigiendo en todo momento, ejemplo de ello es que no está en la obligación de declarar en su propio proceso, no se podrá ejercer violencia ni coacción sobre él, y puede declarar cuantas veces lo solicite sobre asuntos que tengan relación con el expediente. Puede además dictar su

[25] Artículo 123 y 124 de la Ley de Procedimiento Penal Militar Cubana
[26] Artículo 158 de la Ley de Procedimiento Penal Militar Cubana

declaración o escribirla de su puño y letra, consultar apuntes y notas, leer por sí mismo el acta de su declaración. Si no hiciere uso de ese derecho, le será leída por el actuante. En la primera comparecencia se le hará saber de qué se le acusa, por quién y los cargos que se le dirigen, y se le explicarán los derechos que le son concedidos por ley.[27]

Los acusados en un porciento significativo no tienen un nivel cultural que se corresponda con el de los que desarrollan el proceso investigativo, y aun así, esto conocimientos pueden no estar en correspondencia en relación a los aspectos jurídicos que lo amparen. La representación técnica viene a ser, en primera instancia, la que salve esas diferencias y proteja los derechos del investigado.

En el careo de testigos y acusados según las normas jurídicas analizadas no se harán intervenir al acusado sin obtener previamente su consentimiento y, de prestarse a ello, no puede obligársele a contestar pregunta alguna. Por otro lado en cualquier momento en que el acusado desista de continuar tomando parte en el careo, éste se dará por terminado.[28]

En esta diligencia el abogado debiera participar desde el momento en que su criterio puede pesar en la propia decisión del acusado de participar o no en el mismo, hasta el hecho de exigir que se cumplan todas las formalidades que se establecen no solo con el objetivo de lograr un proceso justo, sino de preservar hasta la propia seguridad de su defendido y su equilibrio emocional.

Con respecto al experimento de Instrucción, según se establece, no se realizarán actos que puedan menoscabar la dignidad o el honor de las personas que en él participen o redundar en perjuicio de su salud. Podrán participar en el experimento de instrucción el acusado si se prestare a ello.[29]

Al igual que en otros eventos de esta fase, en este existen pasos y procedimientos que recaen en la voluntad del investigado y se requiere de la aplicación de procedimientos que de no cumplirse acarrearían consecuencias negativas para él. Por tanto, ello reclama la presencia de la defensa técnica con el único propósito de velar por el cumplimiento de los requisitos establecidos para llevar a cabo dicha diligencia.

[27]Artículo 165, 166, 168 y 169 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.
[28]Artículo 193 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.
[29]Artículo 139 y 240 de la Ley de Procedimiento Penal Militar cubana.

Otro momento en que debiera estar presente el defensor es precisamente en la acción, que según el artículo 142, puede realizar el imputado como garantía de su defensa. Tal artículo dispone que los Instructores Fiscales practiquen cualquier diligencia propuesta por el acusado encaminado a demostrar su inocencia o a poner de manifiesto circunstancias que atenúen su responsabilidad, siempre que puedan ser útiles con este fin. Si aquel rechaza total o parcialmente la propuesta referida, dictará resolución fundada exponiendo las razones que tiene para ello, la que notificará al acusado, instruyéndolo, a la vez, del derecho que le asiste de recurrir en queja dentro de los cinco días siguientes al de la notificación.

A partir de los propios criterios vistos con anterioridad en relación con el nivel cultural del investigado y sus conocimiento sobre elementos jurídicos, mucho más cuando estos tienen que ver con normativas de procedimiento penal militar, se hace prácticamente imprescindible la presencia de la defensa técnica para que cuestiones como estas, que se norman como garantía de justicia procesal se cumplan, aumentando así de forma objetiva el equilibrio de las partes en el proceso.

En sentido general todas estas cuestiones que se valoran tienen una implicación directa en los resultados de la fase preparatoria del proceso, y repercuten de forma directa en las consecuencias para la o las personas involucradas. La presencia de la defensa técnica en esta viene en primer lugar a defender desde sus inicios los intereses de una de las partes que solo cuando está prácticamente a las puertas de la vista del juicio oral es que comienza a recibir protección legal especializada. En otro orden de cosas, implicaría un mayor nivel de profesionalidad en las personas que desarrollan el proceso a partir de que desde su inicio sienten el rigor de la exigencia de otra parte en igualdad de condiciones desde los puntos de vista técnicos y de derecho.

## 2.3 Propuesta de implementación del derecho a la defensa técnica del acusado en la fase preparatoria del proceso penal militar cubano.

Teniendo en cuenta la importancia de la implementación del derecho a la defensa técnica del acusado en la fase preparatoria del proceso penal militar cubano, la propuesta que se somete a consideración es la siguiente:

- El jefe de unidad u órgano de investigación primaria que reciba a una persona detenida, le comunicará el derecho que le asiste de designar abogado defensor, concediéndole un término para ello y en caso de transcurrido dicho término sin hacerlo se le nombrara uno de oficio. Lo comunicará dentro del término de setenta y dos horas al Fiscal Militar correspondiente, informándole la fecha y hora de la detención y explicándole sucintamente los motivos de la misma.

- El defensor, a partir del momento procesal en que se designa, podrá:
  1. Establecer comunicación con su representado y entrevistarse con el mismo con la debida privacidad, si se hallare detenido.
  2. Examinar las actuaciones correspondientes al expediente de fase preparatoria en su momento, siempre y cuando no se haya declarado la secretividad de las actuaciones por tratarse de un caso excepcional, entiéndase la seguridad del estado.
  3. Proponer pruebas y presentar documentos a favor de su representado;
- La aplicación de las medidas cautelares se notificará inmediatamente al defensor y al perjudicado, haciéndoles saber que contra ella podrán recurrir en queja, dentro del término establecido por ley, además;
  1. El Fiscal remitirá copia de esta resolución al Tribunal correspondiente, el cual, en el término de setenta y dos horas, podrá ratificar, modificar o revocar la medida cautelar dispuesta mediante resolución dictada al efecto.
  2. El defensor exigirá que la medida cautelar se revoque cuando no haya necesidad racional de mantenerla o se modifique por una más benigna cuando así lo requieran las circunstancias.
  3. La revocación o modificación se realizará mediante resolución fundada e igualmente se notificará inmediatamente al acusado y al defensor.

- En la inspección del lugar de los hechos puede ser citado para que participe en la diligencia de inspección el acusado con su abogado defensor, el perjudicado o cualquiera de los testigos.
- En la identificación del acusado y determinación de sus circunstancias personales el investigador militar, el Instructor Fiscal o el Fiscal Militar, según el caso, requerirá siempre de la participación de los testigos presenciales de la diligencia, entre los que se cuenta el abogado, si así lo estima, el que

velará por el cumplimiento de las exigencias legales de este acto en interés de su defendido.

- El acusado puede:
  1. Solicitar la presencia del defensor al momento de brindar declaración.
  2. Declarar cuantas veces lo solicite sobre asuntos que tengan relación con el expediente;
  3. Dictar su declaración o escribirla de su puño y letra, así como consultar apuntes y notas.
  4. Leer por sí mismo el acta de su declaración. Si no hiciere uso de ese derecho, le será leída por el actuante.

- El defensor puede participar en el careo de testigos y acusados cuando así lo requiera o a solicitud del acusado, el cual garantizará que:
  1. Esta diligencia no tendrá lugar, por regla general, entre más de dos personas.
  2. No se hará intervenir al acusado en un careo sin obtener previamente su consentimiento y, de prestarse a ello, no se le obligará a contestar pregunta alguna.
  3. En cualquier momento en que el acusado desista de continuar tomando parte en el careo, éste se dará por terminado.
  4. No se permitirá que los que intervengan en el careo se insulten, amenacen o en cualquier forma actúen o se manifiesten incorrectamente.

- El Instructor Fiscal o el Fiscal cuando efectúe el experimento de instrucción, solicitará la presencia del defensor para que intervengan en la diligencia si así lo estima, en ella velará por los siguientes elementos:
  1. Se practicará siempre con la participación de dos testigos presenciales. El que practique el experimento de instrucción podrá realizar mediciones, tomar fotografías y confeccionar planos y esquemas.
  2. Durante el experimento no se realizarán actos que puedan menoscabar la dignidad o el honor de las personas que en él participen o redundar en perjuicio de su salud.
  3. De considerarse necesario podrán participar en el experimento de instrucción el acusado si se prestare a ello, el perjudicado o cualquiera de los testigos que hayan o no declarado en el expediente.

Facultades y obligaciones del defensor.

- El defensor tiene las facultades legales necesarias para contribuir efectivamente al esclarecimiento de la verdad material y para ello está obligado a proponer o presentar todas las pruebas a su alcance que favorezcan a su defendido.
- El defensor vendrá obligado a comunicar a la brevedad posible a su representado, el contenido de aquellas notificaciones que reciba.
- Cuando se trate de sentencias definitivas, si el acusado se encuentra en prisión provisional por cualquier proceso y a su defensor le resulta materialmente imposible comunicarle lo resuelto antes de que decurse el término para establecer el recurso correspondiente, podrá el abogado comunicárselo a un familiar allegado o a una persona de la confianza del sancionado, mayores de dieciséis años de edad, previamente indicados por éste.
- El defensor firmará las diligencias en que participe, como constancia de su intervención en ellas. Los abogados que representen a los acusados podrán delegar, mediante escrito, en un técnico auxiliar la práctica de las diligencias de presentación de escritos, y asimismo aceptar notificaciones, recibir despachos y cualquier otra de mero trámite, las que surtirán los mismos efectos que si se realizaran por el abogado.

Para corroborar la propuesta anterior fueron entrevistados un total de 16 profesionales del Derecho que se desenvuelven en la materia penal con más de cinco años de experiencia, entre ellos: jueces militares (3), fiscales militares (5), instructores judiciales (5) y abogados (3), estos últimos con experiencia de participación en procesos relacionados con esta materia.

Con relación a ello la mayoría respondió que consideraba que la defensa técnica debe entrar a partir de la imputación de los hechos, porque así se cumpliría uno de los principios del proceso penal, el derecho a la defensa, lo que hasta el momento se encuentra limitado pues solo se aplica la defensa material. Agregan que esta completaría la capacidad jurídica del acusado, quien no tiene conocimientos de derecho, los que debieran complementarse desde el mismo momento en que se le limita su accionar.

Otros añadieron que la defensa técnica garantiza la asistencia legal ante los cargos que se imputan, y que están recogidos legalmente sobre los cuales el acusado no tiene conocimientos. Para ello tienen en cuenta además, que los

niveles de instrucción sobre estos temas son deficientes en un porciento significativo de los acusados.

Es de destacar que dos casos de los entrevistados (12.5 %) plantean con relación a este tema que la entrada de la defensa técnica no debe ocurrir con la imputación de los hechos, pues ello limita y puede llegar a obstaculizar el proceso investigativo y con ello la carga de la prueba. El hecho de que se le imputen los cargos a una persona, solo implica la necesidad que tiene el órgano investigativo de demostrar las pruebas que llevan a presumir que tuvo algún tipo de participación en estos, ante los cuales se puede defender brindando los argumentos de descargo que posea con respecto a los mismos.

No obstante a esta argumentación, los que así plantearon no dejan de reconocer que se debe adelantar la entrada de la defensa técnica, solo que la señalan a partir de que se constituya el expediente de fase preparatoria, debido a que ya en ese momento existen elementos concretos contra el acusado en relación a los hechos que se le imputan.

Con relación a como creen que deba implementarse el derecho a la defensa técnica del acusado en la fase preparatoria, los entrevistados plantean, en una parte, que debe comenzar con la imputación de los hechos al acusado y otros desde el inicio del expediente de fase preparatoria. Agregan que esta debe ser similar a la que hace la Ley Procesal Penal Ordinaria, y que a pesar de lo anterior el abogado debe tener derechos limitados, vinculados solo en aquellas diligencias que involucran al acusado de manera personal.

Refieren que se le debe dar a conocer al acusado que a partir de ese momento debe designar a un abogado, concederle un término para ello y de no ser así designárselo de oficio. Todo ello con el objetivo de que lo instruya de cada uno de los derechos que le concede la ley, tenga posibilidad permanente de estudiar el expediente según el estado en que se encuentre y proponer las pruebas pertinentes. Todo ello brinda la posibilidad de una investigación más completa, multilateral y objetiva.

La mayoría de los entrevistados consideran que la participación de la defensa debe ser en una gran parte de los actos o diligencias que conforman el proceso de instrucción, priorizando el experimento de instrucción, la declaración del acusado y la identificación del mismo. Todos son recurrentes en el hecho de que,

en ningún caso, debe ser de forma obligatoria ya que puede entorpecer el normal desarrollo del proceso.

Con relación a los cambios que se darían en el procedimiento penal militar cubano si se adelanta la entrada de la defensa técnica para la etapa de instrucción los entrevistados manifiestan diferentes criterios:

- En primer lugar plantean que los procesos incrementarían sustancialmente las garantías a los acusados y ello implicaría que los actores que intervienen en la etapa de investigación tendrán que incrementar los niveles de profesionalidad en su trabajo. A diferencia de lo que sucede hoy, sentirán desde el inicio la presión de una parte con igualdad de conocimientos sobre la ley que conformará una contrapartida a sus conclusiones.
- Cuentan que se incrementará considerablemente la necesidad de presentar al proceso las pruebas periciales, que permitan probar la verdadera participación del acusado en los hechos que se le imputan. Los órganos de investigaciones tendrán necesariamente que desarrollar las técnicas e incrementar los recursos para lograr lo anterior.
- La actividad investigativa tendrá por fuerza de necesidad que ser cada día más apegada a las ciencias. La determinación de los medios de prueba y las pruebas en sí, tendrán que ser detectadas desde la propia inspección en el lugar de los hechos, lo que implicaría perfeccionar la participación de los órganos competentes y mejorar la oportunidad en función de garantizar la obtención de la mayor cantidad de medios de pruebas en estos lugares.
- Según ellos, las pruebas testifícales aumentarán a favor de la defensa y los testigos de esta podrán ser preparados desde etapas anteriores, cuestión que no ocurre hoy por la aparición tardía de esta figura. Por otro lado, los testigos de la fiscalía serán revisados también desde etapas iniciales.

En resumen se valora, que la mayoría de los entrevistados (el 62.5 %) coinciden en la necesidad de adelantar la aparición de la figura del abogado en el proceso penal militar cubano. De ello depende el incremento de las garantías al acusado y que implica la necesidad de mejorar desde el punto de vista técnico-pericial para asegurar las pruebas que peritan demostrar la participación del acusado en los hechos que se le imputan.

Con respecto a los resultados de la encuesta se establece que la mayoría: 3 jueces para el 100%**,** 3 instructores para el 60 %, 2 fiscales para el 40 % y 3

abogados para el 100% plantean estar de acuerdo en que la defensa técnica debe comenzar con la imputación de los hechos. (Gráfico 1) Ello representa el 62.5 % del total de la muestra encuestada. Del grupo restante, el 25 % se distribuye entre los que tienen similar consideración aunque no siempre y solo el 12.5 % no lo reconocen así, este último está formado por un fiscal y un instructor judicial. (Gráfico 2) Al concluir sobre este aspecto se define que la mayor parte de los encuestados, o sea el 87.5 %, reconoce de alguna manera la necesidad de que la figura del defensor aparezca desde que se realiza la imputación de los hechos y los grupos que más se destacan son los abogados y los jueces, lo que corresponde con la posición de cada parte encuestada en relación con el proceso.

Por otro lado con relación a la participación de la defensa en diferentes actos de la fase preparatoria, 11 de los encuestados lo consideraron necesario en el experimento de instrucción, lo que representa el 68.75 % (Gráfico 4) de ellos corresponden al 100% de los jueces (3), al 100 % de los abogados (3), mientras que así lo considera solo el 40 % de los fiscales (2) e instructores (2) (Gráfico 3). El 56.25 % lo consideró en relación con la declaración del acusado (Gráfico 4) y dentro de ellos se destacan el 100 % de los abogados (3) y el 60 % de Instructores (3) y Fiscales (3), mientras que ningún Juez considera necesaria la participación de esta figura en dicho acto. (Gráfico 3)

Los actos que menos aceptación tuvieron en cuanto a este tema corresponden a los de la identificación del acusado con el 50 %, la inspección en el lugar de los hechos con el 43.7 % y el careo con el 37.5 %. (Gráfico 4) En el caso de la identificación del acusado lo reconocen el 100 % de Jueces (3) y Abogados (3) y el 40 % de los Instructores (2). En la inspección en el lugar de los hechos aparecen igualmente el 100 % de los abogados y el 40 % de Fiscales (2) e Instructores (2). Por su parte el careo solamente lo aprueban además del 100 % de los abogados (3) el 60 % de los Instructores (3).

Se resalta que los abogados plantean como necesaria su aparición en todos los actos encuestados lo cual se corresponde con los intereses que le competen de acuerdo a su posición en el proceso. Se destaca además, que los Jueces plantean la participación solo en dos de los cinco actos analizados, los fiscales en tres, mientras que los instructores lo hacen en los cinco, solo que no en la totalidad de la muestra de este grupo.

Al analizar las formas de la participación de la defensa técnica en los actos anteriores la mayoría de los encuestados, el 56. 25 %, consideraron que debe ser facultativa, (Gráfico 6) dentro de ellos el 100 % de los jueces (3), el 60 % de los abogados (2) y el 40 de instructores (2) y fiscales (2). (Gráfico 5) Esta misma cifra considera que nunca debe ser obligatoria.

El 37.5 % consideró que casi siempre debe ser facultativa y en igual cifra reconoce que casi nunca debe ser obligatoria, de ellos tres fiscales para el 60 %, dos instructores para un 40 % y un abogado para el 33.3 %. Al hacer un análisis conjunto de esta parte se concreta que el 93.75 % de los encuestados consideran que siempre o al menos algunas veces la participación del abogado en los actos de la etapa preparatoria debe ser facultativa. Un instructor judicial que representa solamente 6.25 % consideró que la participación del defensor debe ser obligatoria.

Por otro lado el 93, 75 % consideró que la participación de la defensa técnica en la etapa preparatoria contribuye al equilibrio de las partes en el proceso, mientras que solo el 6.25 % lo considera en parte lo cual no es una apreciación totalmente negativa con relación al tema. (Gráfico 8) De lo anterior se significa que el 100 % de los jueces (3), fiscales, (5) y abogados (3), así como el 80 % de los instructores (4) consideraron que la aparición de la defensa técnica en un momento más temprano de la fase contribuye al equilibrio de las partes. Mientras que el 20 % de los instructores (1) lo consideró solo en parte. (Gráfico 7)

En resumen, los diferentes grupos encuestados tienen una apreciación positiva con relación a la aparición de la defensa técnica en un momento más temprano del proceso, ampliando sobre elementos concretos como los actos en los que se puede materializar la misma y reconociendo su connotación para contribuir al equilibrio entre las partes del mismo. Parejo a ello se considera por la gran mayoría, que la participación de la defensa debe ser una cuestión facultativa de los abogados y no regularse legislativamente como acto obligatorio a fin de evitar la nulidad de estos por esa condición.

Se concluye que la fase preparatoria es aquella que se inicia cuando se revelan indicios de haberse cometido algún delito. Está constituida por el conjunto de diligencias previas a la vista del juicio oral, encaminada a comprobar la existencia del delito y sus circunstancias. Recoger y conservar los instrumentos y piezas de convicción así como practicar cualquier otra diligencia que no admita

aplazamiento, de modo que permita calificar legalmente el hecho y determinar el grado de participación de los presuntos responsables, disponiendo en su caso, el aseguramiento del acusado si procede.

Por otro lado en la fase preparatoria se hace necesario la aparición del abogado defensor. De igual modo hay determinados actos que debieran realizarse con la participación de este. Actos como la identificación y declaración del acusado, el experimento de instrucción, la inspección del lugar del hecho y el careo de testigos y acusados. Por tanto, solo con la implementación de esta figura en dicha etapa se podrá contribuir con el equilibrio de las partes.

# CONCLUSIONES

Luego de realizarse un estudio exhaustivo del tema y haberle dado respuesta al objetivo general y al problema científico, así como corroborar la hipótesis de la investigación, se concluye que:

1. El derecho a la defensa técnica es la garantía constitucional ejercitada por un profesional en derecho que completando la limitación del imputado, formula alegatos, interviene en los interrogatorios y hace las observaciones que considere. Puede verse además como el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.
2. La etapa preparatoria del proceso penal militar cubano se caracteriza por llevar a cabo todo un conjunto de diligencias previas al juicio oral, encaminadas a comprobar la existencia del delito y sus circunstancias. Además recoge y conserva los instrumentos y piezas de convicción de modo que permita calificar legalmente el hecho y determinar el grado de participación de los presuntos responsables.
3. Los actos de la fase preparatoria del proceso penal militar cubano que deben realizarse con la participación del abogado defensor son:
    - Recurso de quejas contra la resolución que impone la medida cautelar.
    - Identificación del acusado.
    - Declaración del acusado.
    - Experimento de instrucción.
    - Inspección en el lugar del hecho.
    - Careo de testigos y acusados.
4. El derecho del acusado a la defensa técnica pudiera implementarse a partir de la siguiente propuesta:
    - El jefe de unidad u órgano de investigación primaria que reciba a una persona detenida, le comunicará el derecho que le asiste de designar abogado defensor, concediéndole un término para ello y en caso de transcurrido dicho término sin hacerlo se le nombrara uno de oficio.
    - El defensor, a partir del momento procesal en que se designa, podrá: establecer comunicación con su representado y entrevistarse con el mismo; examinar las actuaciones correspondientes al expediente de fase preparatoria en su momento, siempre y cuando no se haya declarado la

secretividad de las actuaciones por tratarse de un caso excepcional, entiéndase la seguridad del estado; proponer pruebas y presentar documentos.

- La aplicación de las medidas cautelares se notificarán inmediatamente al defensor y al perjudicado, haciéndoles saber que contra ella podrán recurrir en queja.
- En la inspección del lugar de los hechos puede ser citado para que participe el acusado con su abogado. De igual manera puede estar presente en la identificación del acusado y en la determinación de sus circunstancias personales. Por otro lado el acusado puede solicitar la presencia de su abogado al momento de brindar declaración.

# RECOMENDACIÓN

Concluida la investigación y a partir de los resultados obtenidos se propone:

1. Someter a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular la propuesta anteriormente descrita con el fin de implementar del derecho a la defensa técnica del acusado en la fase investigativa de la jurisdicción penal militar cubana.

# BIBLIOGRAFÍA


Andrea, E. (2003). *El Debido Proceso. Derecho a la Defensa*. Miranda. Venezuela.

Castillero, Arranz. (2004). *Temas para el estudio del Derecho Procesal*. La Habana. Cuba: Félix Varela.

Castillero, Arranz. (n.d.). *Las garantías jurídicas fundamentales de la justicia penal en Cuba*. La Habana. Cuba: Félix Varela.

Chaviano, Ramón. (2009). *El Debido Proceso, su conocimiento y observancia por las Fiscalías Militares del Territorio Central*. Las Villas, Villa Clara.

Cecilia Milagros. L. V. (s.f.). Recuperado el 15 de 09 de 2013, de http//:www.lozavalos.com

Código de Justicia militar de Perú (2006).

Código de Procedimiento Penal de Bolivia (1999).

Código de Procedimiento Penal de Chile (2000).

Código de Procedimiento Penal de Colombia (2004).

Código de Procedimiento Penal de Ecuador (2000).

Código de Procedimiento Penal militar de Argentina (1951).

Código de Procedimiento Penal militar de Chile. , Código de Procedimiento Penal militar de Chile (1944).

Código de Procedimiento Penal militar de Ecuador (1961).

Código de Procedimiento Penal militar de España (1989).

Código de Procedimiento Penal militar de Bolivia.

Código Penal militar de Colombia (2010).

Código Procesal Penal de Argentina (1991).

Código Procesal Penal de Perú (2004).

Constitución de Argentina (1995).

Constitución de Bolivia.

Constitución de España (1979).

Constitución de la República de Cuba (2002).

Constitución de la República de Uruguay (1967).

Constitución Política de la República de Chil (1977).

Constitución Política de la República de Chile.

Constitución Política de la República de Colombia.

Constitución Política de la República de Ecuador (1998).

Constitución Política de Perú.

Denis, Wendy. (2012). *La Valoración del testimonio emitido por el preescolar víctima de abuso sexual, en el proceso penal cubano*. Carlos Rafael Rodríguez, Cienfuegos.

Fenech, Miguel. (1960). *Derecho Procesal Penal*. Barcelona. España.

Ferreira, Candia. (1999). *Problemas actuales del proceso penal en Cuba. Revista Cubana de Derecho*.

Ferreira, Candia. (2004). *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal.* La Habana. Cuba.

Gónzalez, Daimarelys. (2013). *La implementación de la oralidad en la fase intermedia del proceso penal cubano*. Carlos Rafael Rodríguez, Cienfuegos.

Ley 22. Delitos Militares de Cuba. , Pub. L. No. 1979.

Ley 5. Procedimiento Penal de Cuba (1977).

Ley 6. Procedimiento Penal militar de Cuba (1979).

Ley 62. Código Penal de Cuba (1987).

Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882).

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949).

Maier, J. B. (1996). *Derecho Procesal penal*. Argentina.

Mendoza, Juan. (2002). *Temas para el estudio del Derecho Procesal*. La Habana. Cuba: Félix Varela.

Molina, Pedro Gilberto. (2008). Las garantías constitucionales y el debido proceso penal en la República de Cuba.

Montoliu, Beltrán. (n.d.). *El derecho a la defensa y la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Internacional*.

Morales, Aldo Prieto. (1982). *Derecho Procesal Penal I*. La Habana. Cuba: ENSPES.

Neto, F. P. (04 de 1999). Recuperado el 15 de 02 de 2014, de http://noticias.jurídicas.com

Odgers, R. (s.f.). Recuperado el 07 de 12 de 2013, de http://www.cejamericas.org/congreso

Ojeda, Juan Quintana. (1999). La Defensa Penal en el Nuevo Ordenamiento Procesal Penal Chileno. *Revista de Derecho No. Especial*, 141_161.

Orbaneja, E. (1954). *Derecho Procesal Penal*. Madrid. España: Artes Gráficas y Ediciones S.A.

Pereira, Julio A. (2006). *Temas para el estudio de Derecho Procesal Penal*. La Habana. Cuba: Félix Varela.

Pérez, David. (n.d.). *Las Garantías Constitucionales en el proceso penal español*.

Quirós, René. (2007). *Manual de Derecho Penal.* La Habana. Cuba: Félix Varela.

Rendondo, M. (enero de 2011). www.eumed.net/rev/cccss//11. Recuperado el 9 de mayo de 2013, de www.eumed.net/rev/cccss//11.

Rodriguez, C. (s.f.). Recuperado el 15 de 10 de 2013, de http://www.gerencie.com/debido proceso

Romo, Rodolfo. (2004). El Principio de Contradicción. *Revista Justicia y Derecho No. 3*, 11_15.

Roxin, Claus. (2000). *El Derecho Procesal Penal*. Argentina: Editores del Puerto s.r.l.

Torres, Osvaldo. (2012). *Compilación de Temas de Derecho Procesal para estudiantes de derecho*. La Habana. Cuba: Universitaria del Ministerio de Educación Superior.

Velasco, Andrés. (2008). Derecho de defensa. Asistencia Letrada y su intervencion en la diligencia de Entrada y Registro.

Velasquez, I. (s.f.). Recuperado el 06 de 11 de 2013, de http://www.eumed.net/rev/cccss

# ANEXO I

GUÍA DE ENTREVISTA.

Objetivo de la entrevista: Conocer la opinión de un grupo de especialistas sobre la implementación del derecho a la defensa técnica del acusado en la fase preparatoria del proceso penal militar cubano.

Tipo de entrevista: Se aplica la entrevista semi-estructurada, la cual permite conocer el criterio de un grupo de especialistas, entre ellos jueces, fiscales, instructores judiciales y abogados que se desenvuelven en la materia penal, con más de cinco años de experiencia, sobre lo relacionado con el objeto de estudio.

Muestra: Se aplica a un grupo de 16 especialistas.

Estimado especialista:

Nos encontramos en la realización de una investigación sobre la implementación del derecho a la defensa técnica del acusado en la fase preparatoria del proceso penal militar cubano. Lo hemos seleccionado a usted por la experiencia y conocimientos que tiene sobre la temática objeto de estudio, por lo que de antemano le agradecemos su colaboración.

Preguntas:

1. ¿Considera usted que la defensa técnica debe entrar a partir de la imputación los hechos? ¿Por qué?
2. ¿Cómo cree usted que deba implementarse el derecho a la defensa técnica del acusado en la fase preparatoria?
3. ¿Cree usted que existen actos de la fase preparatoria que debieran anularse sin la participación de la defensa? ¿Cual? ¿Por qué?
4. Según sus criterios, ¿qué cambios se darían en el procedimiento penal militar cubano si se adelanta la entrada de la defensa técnica para la etapa de instrucción?
5. Cualquier otra consideración que basada en su experiencia y conocimientos nos pueda proponer.

# ANEXO II

Encuesta

Objetivo de la Encuesta: Conocer la opinión de un grupo de especialistas sobre la implementación el derecho a la defensa técnica del acusado en la fase preparatoria del proceso penal militar cubano.

Muestra: Se aplica a un grupo de 16 especialistas.

Estimado especialista:

Nos encontramos en la realización de una investigación sobre la implementación del derecho a la defensa técnica del acusado en la fase preparatoria del proceso penal militar cubano. Lo hemos seleccionado a usted por la experiencia y conocimientos que tiene sobre la temática objeto de estudio, por lo que de antemano le agradecemos su colaboración.

1. La defensa técnica debe comenzar con la imputación de los hechos:

   Si_____ No_____ No siempre_____

2. Marque con una X los actos en que a su criterio debe participar el defensor.

   - Identificación del acusado _____
   - Declaración del acusado _____
   - Careo de testigos y acusados _____
   - Experimento de Instrucción _____
   - Inspección del lugar del hecho _____
   - Otros que usted considere:

3. La participación de la defensa técnica en los actos anteriores debe ser facultativa:
   Si _____ No_____ Casi siempre _____

4. La participación de la defensa técnica en los actos anteriores debe ser obligatoria:
   Si _____ No_____ Casi nunca _____
5. La participación de la defensa técnica en los pasos del proceso de instrucción contribuyen al equilibrio de las partes.

   Si_____ No_____ En parte_____

En el caso de que considere en parte ¿por qué?

# Anexo III

Gráfico 1: Entrada de la defensa técnica a partir de la imputación de los hechos (Por grupos)

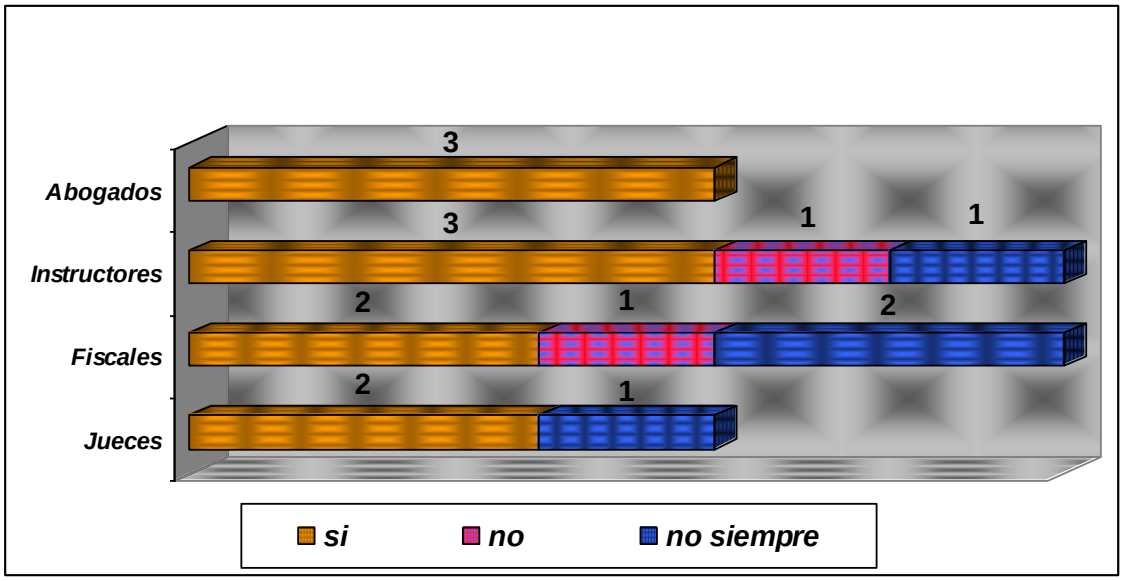



Gráfico 2: Entrada de la defensa técnica a partir de la imputación de los hechos (Total de la muestra)

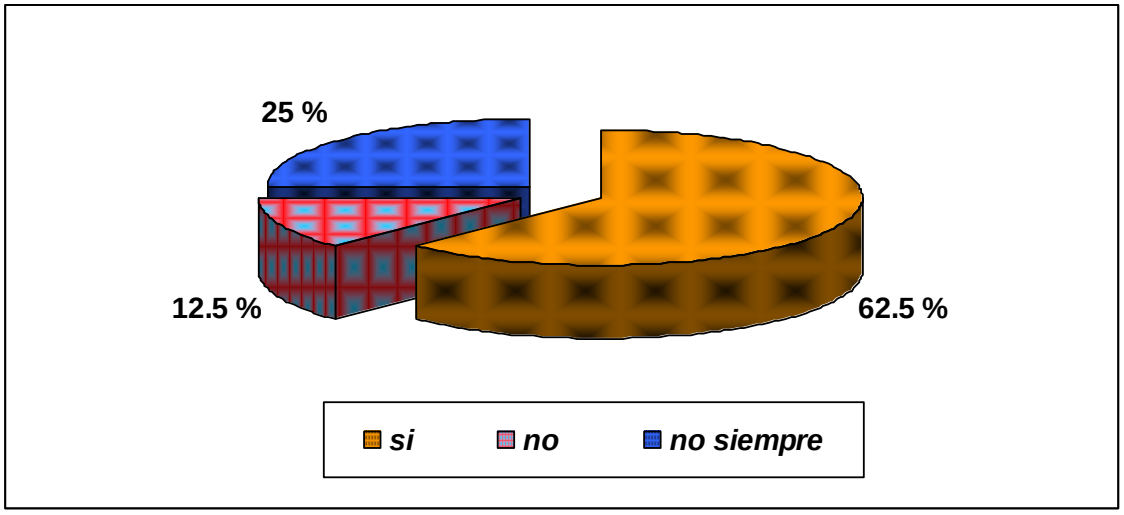


Gráfico 3: Diligencias de instrucción en las que debe participar el defensor (Por grupos)

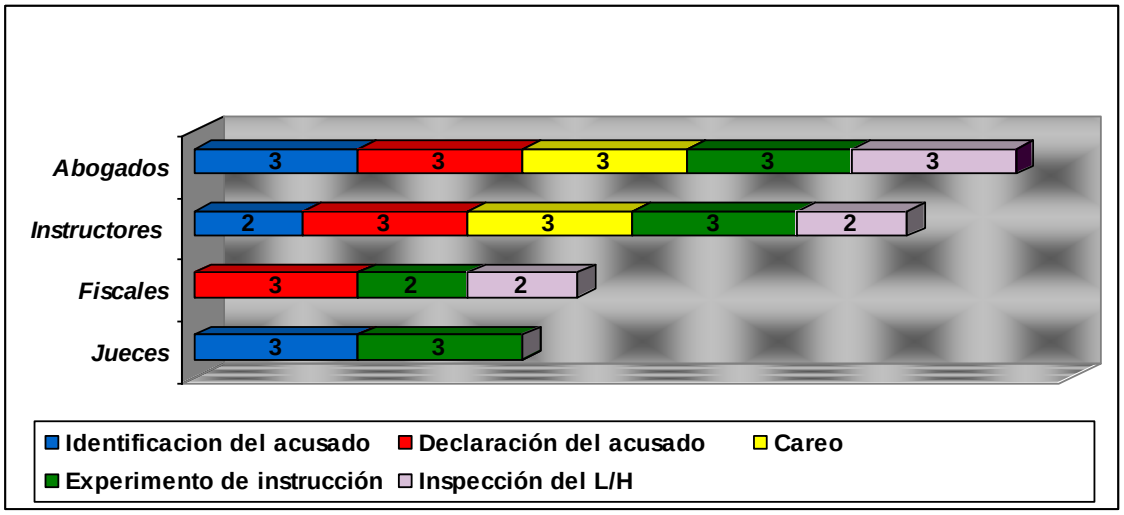



Gráfico 4: Diligencias de instrucción en las que debe participar el defensor (Total de la muestra por actos)

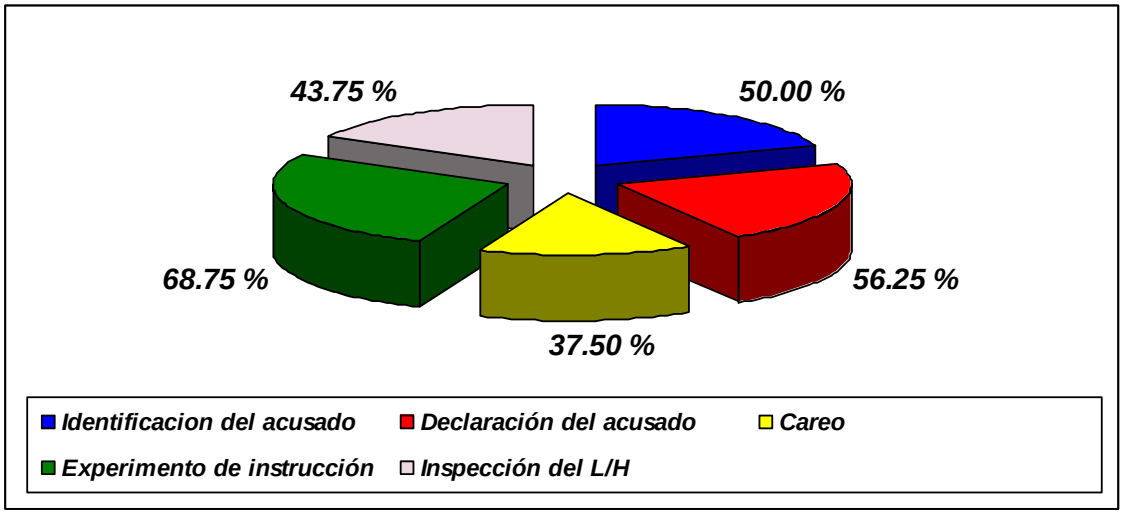



Gráfico 5: Formas de intervenir la defensa en las diligencias de instrucción

(Por grupos)

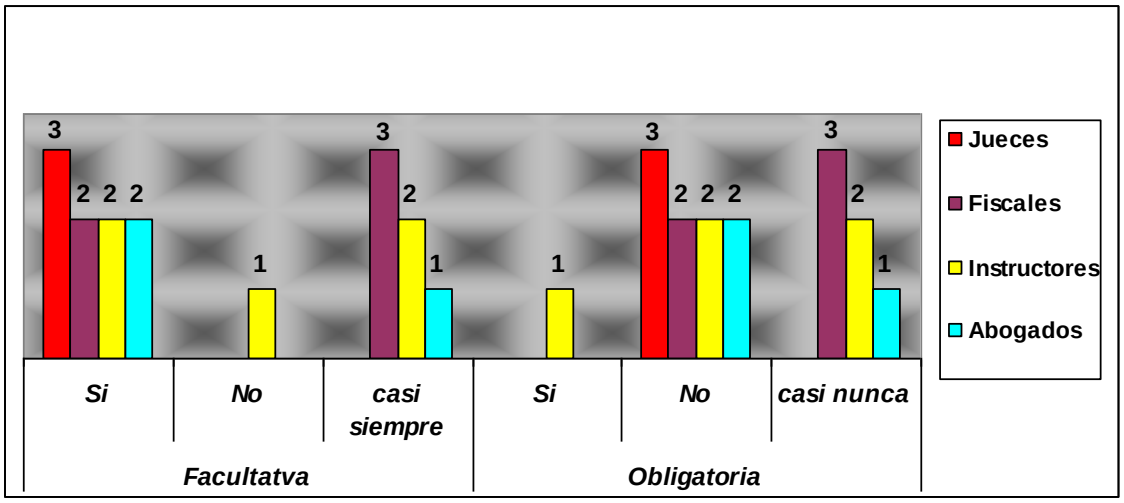



Gráfico 6: Formas de intervenir la defensa técnica en las diligencias de instrucción (Total de la muestra)

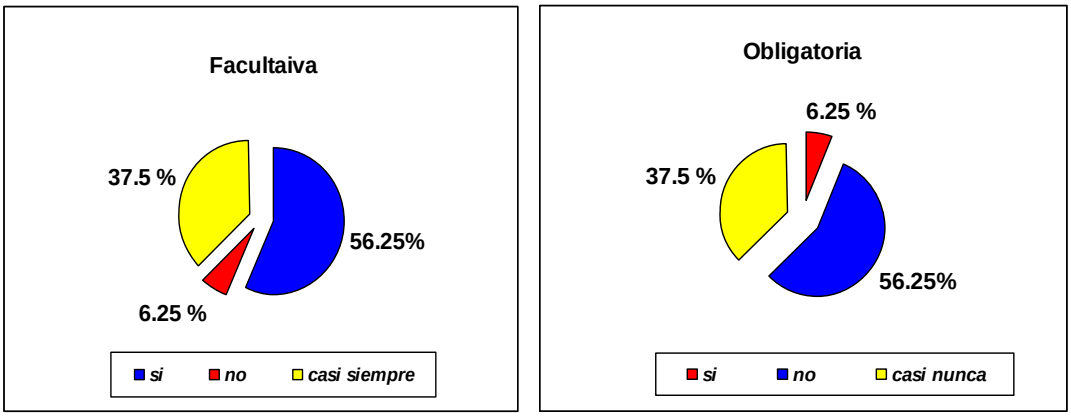
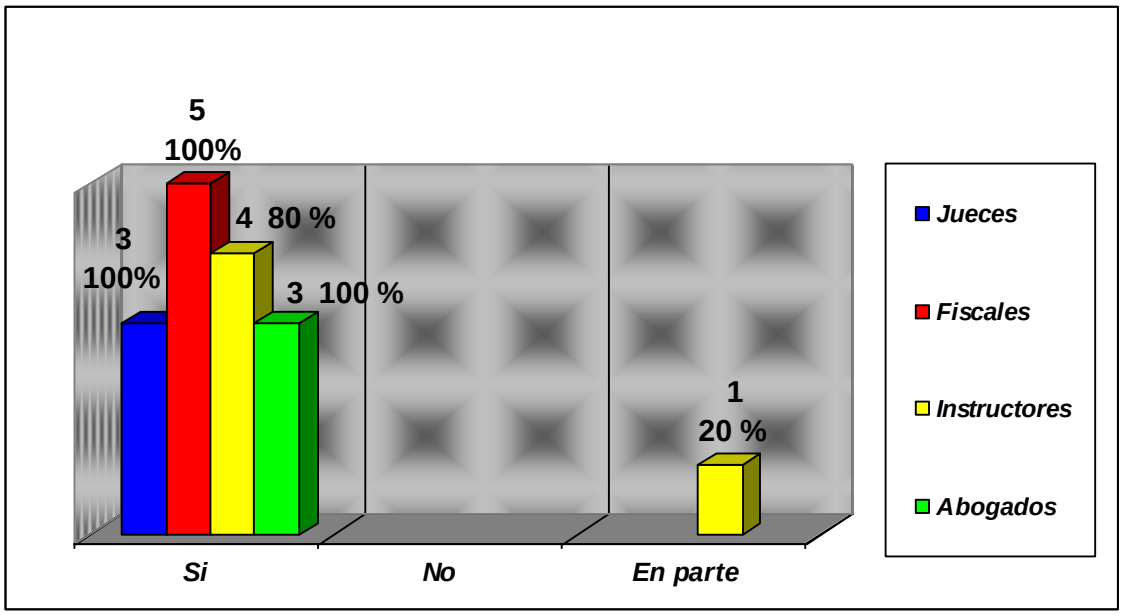


Gráfico 7: Equilibrio entre las partes al entrar la defensa técnica en la fase preparatoria. (Por grupos)



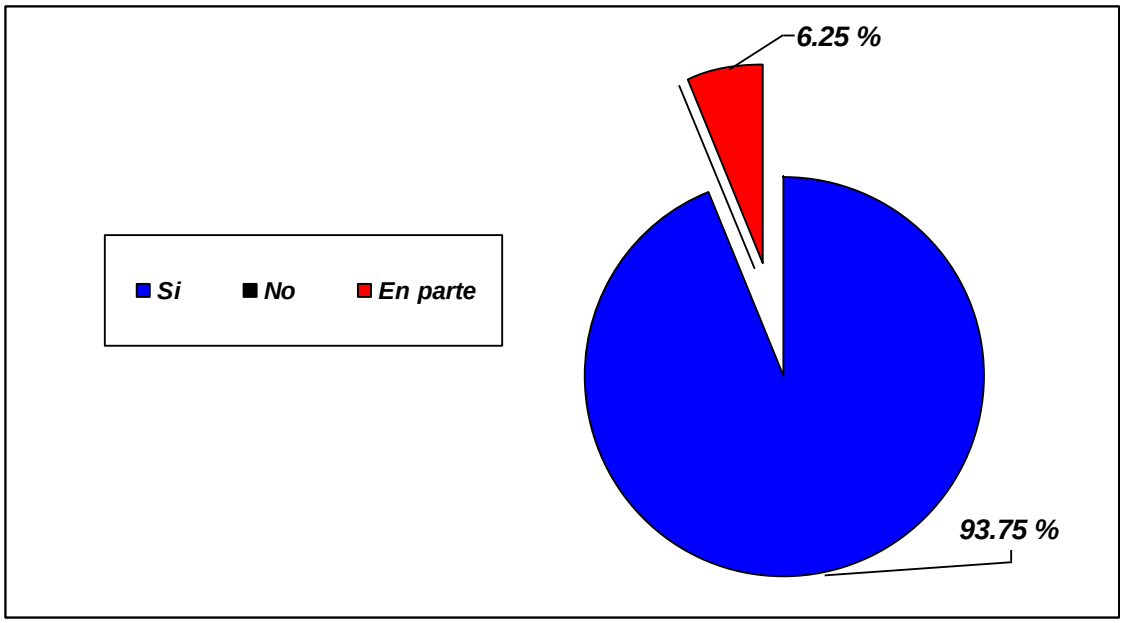


Gráfico 8: Equilibrio entre las partes al entrar la defensa técnica en la fase preparatoria. (Total de la muestra)