

GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL PROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL 1992'

Por: Dr. Rodrigo Bucheli Mera²

INTRODUCCION

I.- EL EJERCICIO DE LA JUSTICIA PENAL NO PUEDE UBICARSE UNICAMENTE EN EL TRAMITE PROCESAL, QUE PRETENDA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UN DELITO, QUIENES SON SUS RESPONSABLES Y LA CORRESPONDIENTE APLICACION DE LA PENA, SINO QUE ES PRECISO QUE SE CONSAGREN LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

El planteamiento estereotipado con respecto al procedimiento penal, se ha ubicado únicamente en que se trata de la regulación del mero trámite sobre la reproducción, a través de los medios de prueba, del hecho incriminado como delito por el Código Penal, y del establecimiento de los sujetos culpables, para luego determinar la correspondiente sanción penal.

La circunstancia de que se trata de un "mero trámite", radica en la postura adoptada por el sistema inquisitivo, en virtud del cual el poder punitivo del Estado se dirige hacia el cumplimiento estricto de las finalidades anotadas, sin que preocupe de manera alguna el salvaguardar los derechos de quien es motivo de imputación.

El Estado, ejerce la violencia represiva, sin discrimen alguno, tanto que en el proceso, se produce la lamentable situación de que se posibi-

1 Presentado por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia al H. Congreso Nacional, elaborado bajo patrocinio del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.

2 Profesor Principal de las Escuelas de Derecho y Judicial de Post-Grado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.- Miembro de Número de la Academia de Abogados de Quito.- Coautor del Proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia y que motiva el presente estudio.

lita que se llegue a desnaturalizar y desvirtuar la verdad sobre el hecho, que primero es motivo de investigación; y, luego de juzgamiento, como presupuesto para la aplicación de la sanción correspondiente.

Es tal la situación que, empero de que las garantías están previstas expresamente en la Carta fundamental, ninguna regulación existe al respecto en el Código de Procedimiento Penal, que el que permita la aplicación a los casos prácticos de los principios constitucionales.

Entonces, si bien la legalidad, como principio, sirve de fundamento para el ejercicio de tal poder punitivo del Estado, sin embargo no cuenta para establecer garantías básicas, inherentes también al orden jurídico público.

La observancia de las garantías, compensan en mínima parte la violencia del Estado en el cumplimiento de la facultad persecutoria con respecto al delito y a la pena; y al no existir regulación legal expresa de las mismas, su observancia se ubica en niveles esencialmente enunciativos y formales, y la Justicia penal se vuelve incompleta, parcial y parcializada, unilateral y deliberada.

II. ES MENESTER QUE LA REALIZACION DEL PROCESO SE DESARROLLE DENTRO DEL MARCO DE GARANTIAS PREVISTAS EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA, DENTRO DEL SISTEMA ACUSATORIO.

El cumplimiento estricto de las garantías constitucionales en el proceso penal, constituye uno de los pilares fundamentales para el ejercicio de la Justicia, dentro de los paradigmas de la democracia contemporánea: la posibilidad de seguridad pública que se desprende de la persecución y juzgamientos penales, así como la aplicación de la pena, carece de significado valedero, si no existe el marco idóneo para que tal alternativa quepa dentro de la posibilidad de que quien está siendo juzgado cuente con un espacio de realización en el ejercicio de sus derechos.

Ahora, la alternativa para que se efectiven tales garantías constitucionales en el proceso penal, se hace posible, cuando los roles en el proceso penal se reubiquen, y en la etapa preliminar o investigativa, el Juez Penal cumpla con la tarea de legalizar la investigación a cargo del ministerio público y la policía, dentro de lo cual, el imputado cuente con

la real posibilidad de ejercer los derechos inherentes a la necesidad de responder contra la incriminación que pesa sobre él.

No es aspiración el creer que los derechos, entonces se cumplan a cabalidad, como tampoco es posible considerar que en toda sus partes se satisfaga el afán punitivo del Estado, de ninguna manera; de lo que se trata es el que exista un marco propicio para su realización, y el que entonces la Justicia cuente con un desarrollo lo menos unilateral y lo más integral posible, de manera que no quepa tan solo el camino persecutorio, sin que exista la posibilidad de responder de parte de quien soporta la incriminación.

LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL NUEVO PROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

I. SINTESIS DE LA REGULACION PROCESAL PENAL DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

1.- Se garantiza el derecho de defensa.

— El derecho a ser oído sobre la imputación que se le dirige (deíensa material) de manera que se dirija la verdad pero no a su costa.

—El derecho de probar para efectivizar su derecho de defensa.

—El derecho a intervenir en el juicio, y a deíenderse incluso a través de sí mismo sin que intervenga abogado alguno.

—A contar con nuevos y diferentes medios de defensa: El experto especializado que lo asesore en materias especializadas para la eficacia de su defensa, y que tenga intervención en el juicio.

—A que el traductor, de no conocer el idioma castellano, intervenga como parte de su defensa.

2. A que el sistema procesal acusatorio, en la primera parte del juicio penal, no admita el que se persigan como punibles, sino sólo a hechos incriminados en la ley penal como delitos. Esto de acuerdo con el papel que el fiscal asume, puesto que sólo a él corresponde la investigación, y es de su exclusiva responsabilidad el cumplir con esta gestión; de manera que no hay lugar como para que el acreedor de una deuda se presente para cobrarla mediante la apariencia de ser víctima de un delito inexistente.

3. A que la privación de la libertad, por prisión preventiva, sea exclusivamente un acto cautelar, y no una medida de carácter sancionatorio. Esto se lo logra a través de su establecimiento como una situación procesal de excepción, con regulación que permita el que cumpla con el objetivo procesal correspondiente.

GARANTIAS CONSTITUCIONALES RELACIONADAS CON EL EJERCICIO DE LA JUSTICIA PENAL.

El derecho penal debe ser la expresión del desarrollo social en todos sus niveles, para sobre esa base salvaguardar los valores de especial significación colectiva; y, en base de tal consideración, la regulación procesal penal, antes que en un trámite, está en función de salvaguardar valores vinculados al ejercicio de la acción penal acordes con la actual postura jurídica-penal.

Entonces, ya no se trata de simplemente regular medidas de juzgamiento con criterio inquisitivo, sino que hay algo más: el que el sistema procesal se sustente en principios que aseguren el ejercicio de la libertad humana en su más alta expresión, sin perjuicio de que la Ley cumpla con el papel tendiente a salvaguardar la seguridad pública; el que el juzgamiento no se traduzca en actos unilateralmente realizados por el poder público, sino que se preserven derechos y garantías vinculados con una defensa eficaz e integral; el que la víctima pueda contar con posibilidades reales de que intervenga en el proceso penal sin el obstáculo del cumplimiento de requisitos puramente formales; en fin, el que las evidencias probatorias sean practicadas en la causa en función de los diferentes aspectos relacionados con el hecho incriminado y el sujeto imputado, y dentro de una concepción esencial y no meramente formal.

Lo expuesto nos lleva hacia una nueva y diversa tendencia del Código de Procedimiento Penal, que ante todo entrañe una concepción ideológica que, efectivada, permita una justicia penal eficaz, independiente y completa.

La nueva estructura daría lugar a una posición diversa de quienes intervienen en la administración de justicia penal, fundamentalmente comprometida con el esclarecimiento de la verdad antes que con intereses transitorios y eventuales.

Por lo tanto, el que los principios procesales fundamentales, se adecuen a regulaciones concretas que integren el sistema procesal, con mecanismos que permitan que no se traten de meros enunciados teóricos sino objetivamente aplicados en la causa.

Art. 167. Juicio previo. Nadie puede ser penado sino mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de probar los hechos en un juicio, llevado a cabo conforme a los principios establecidos en la Constitución y este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y los derechos del imputado) 67

Se trata de uno de los fundamentos esenciales de la justicia penal, sin los que no es posible su ejercicio: 1) sentencia ejecutoriada, que entraña la única fuente para el establecimiento y aplicación de la pena; 2) la prueba obrada en juicio, que reproduce en la causa al hecho incriminado, es la única base que permite el que se fundamente la decisión del organismo jurisdiccional; y 3) la legalidad de la prueba y del fallo, que conlleva la legalidad del juicio, se realiza a partir de la Constitución Política del Estado y del sistema procesal sustentado por el Código.

El principio procesal consagrado, que forma parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es recogido por instrumentos internacionales de distinto orden. Impide la arbitrariedad, y por ende el que el juzgamiento penal sea un mero instrumento de represión o de ejercicio indebido del poder en cualquier sentido. Es por lo tanto, garantía de seguridad pública y del órgano jurisdiccional para el cumplimiento de los

167. Se ha comenzado con la garantía del juicio previo porque ella es la principal de todas las garantías procesales, aquélla que le otorga sentido a todas las demás. Entre las fórmulas tradicionales, se ha optado por una que destaca suficientemente el contenido sustancial y no meramente formal de la garantía. Ese sentido sustancial está ligado directamente con la producción de la prueba en juicio. De este modo se busca diferenciar un verdadero juicio, dentro del cual se produce la prueba, de otras prácticas que han transformado el juicio previo en una mera repetición de las pruebas recolectadas con anterioridad o bien en una simple audiencia de alegatos.

CN: 19, Inc. 17 e); DUDH (ONU): 10 y 11, n. 1; PIDC y P (ONU): 14; CADH (OEA): 8; LEC ESPAÑA: 1; CPP CORDOBA (ARGENTINA): 1; CPP PORTUGAL: 2; CPP PERU: 111; CPP ARGENTINA FEDERAL: 1; CPP MODELO IBEROAMERICA: 1; BASES L.A.: 1.3.1.0.2; PCPP GUATEMALA (1990): 1.

objetivos procesales. Impide el **que se** reprima la libertad humana a través de otros medios extraños a la sentencia ejecutoriada; e, institucionaliza objetivamente a la cosa juzgada en materia penal.

Ya no es posible en consecuencia el que se considere que la represión a la libertad como resultado de acciones policiales, se asimile a posiciones condenatorias con respecto al sujeto imputado; pues, si se llega a reprimir en tal sentido al individuo, la explicación es meramente cautelar vinculada al ejercicio adecuado del proceso penal, y no a irrogar una pena por determinado hecho, que debe previamente ser juzgado.

Esta disposición, está dentro de todo un contexto procesal regulado por el sistema al que aspira el Proyecto de Código en diversos aspectos, y es la base de sustentación ideológica del enjuiciamiento penal.

Art. 168. Legalidad del Proceso. La instrucción fiscal, la etapa intermedia, el juicio, la impugnación y la ejecución de la sentencia se deben realizar conforme a las normas establecidas en la Constitución y la ley. ¹⁶⁸

La disposición, está en base del principio adjetivo "nullum iudicium sine lege", cuyo valor tiene trascendencia equivalente al enunciado sustantivo de la reserva legal sustentado por Anselmo Von Feuervach "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege". No se trata sólo del trámite del juicio penal y su consecuencia, con sentido legalmente estimado en su realización formal; es la esencia y finalidad que el enjuiciamiento penal tiene, que no puede contar con otra alternativa que no sea la de la legalidad, porque constituye garantía para la colectividad y para quienes están dentro del ejercicio procesal en cualquier condición; pues, la

168 Si bien el concepto de "procedimiento regular o legal" puede englobar tanto al art. 1 como al 2, se ha preferido separarlos porque aunque el "juicio previo" es siempre, por supuesto, un procedimiento legal, es algo más que eso, tal como ya lo hemos explicado.

C.N: 19, Inc. 17 e); DUDH (ONU): 10 y 11, n. 1; PIDC y P (ONU): 14; CADH (OEA): 8; LEC ESPAÑA: 1; CPP CORDOBA (ARGENTINA): 1; CPP PORTUGAL: 2; CPP PERU: III; CPP ARGENTINA FEDERAL: 1; CPP MODELO IBEROAMERICA: 1; BASES L.A.: 1.3.1.0.2; PCPP GUATEMALA (1990): 1.

evaluación penal que el enjuiciamiento entraña compromete altos valores individuales y colectivos, con respecto al imputado, la víctima y la sociedad, y el desarrollo del proceso en consecuencia, no puede darse a través de facultades discrecionales de los órganos jurisdiccionales, ni de la conveniencia o inconveniencia de nadie.

Art. 169. Independencia e Imparcialidad. El juzgamiento corresponde a jueces independientes e imparciales, sólo sometidos a la Constitución y a la ley.

Por ningún motivo los otros órganos del Estado pueden arrogarse el juzgamiento, ni la reapertura de los procesados terminados por decisión firme. 169

La independencia en el ejercicio de la justicia en general y de la justicia penal en particular, es una de las más notables aspiraciones en el desenvolvimiento jurídico del Estado contemporáneo.

Dentro de la filosofía política que inspira al derecho público actual, la independencia de las funciones del Estado, es la base sustancial para el mantenimiento de la democracia; pues la interferencia de una con respecto a otra, irrumpe en el régimen de derecho y da lugar a situaciones de facto. El principio anotado, expuesto por Montesquieu hace dos siglos, como parte de la esencia del estado liberal, se mantiene latente hoy en día, dentro del desenvolvimiento político en los mismos términos de entonces.

Empero, en lo que con mayor intensidad se lesiona al régimen de derecho, es cuando tiene que soportar tal interferencia el ejercicio de la

169 Se busca dejar en claro, además de los clásicos conceptos de independencia e imparcialidad, que el Juez es independiente de todos los poderes, incluso de los tribunales superiores. Se destaca, así, lo que se ha llamado "independencia interna". Los controles que puedan ejercer los tribunales superiores o se refieren a los procesos —a través de los recursos— o a asuntos disciplinarios, sin afectar la independencia del Juez prevista en la Constitución.

CN: 96; DUDH (ONU): 10; PIDC y P (ONU): 14; CADH (OEA):

8; LOJ ALEMANIA FEDERAL: 1; CPP PERU: I; CPP ARGENTINA. FED: 1; CPP MODELO IBEROAMERICA: 2; PCPP GUATEMALA (1990): 2.

función jurisdiccional, de parte de las otras del Estado o de organismos extraños al ejercicio de la justicia. Pues la seguridad jurídica de los miembros de la colectividad en lo que al ejercicio de la justicia respecta, es lo que soporta la irrupción, puesto que si bien pueden estar en juego intereses privados, el proceso siempre importa al orden público.

Ahora, si esto ocurre en el área jurisdiccional penal, la situación reviste de caracteres especiales, cuando es el estado que directamente interviene por sobre cualquier interés individual en cuanto a la seguridad ciudadana y a los valores en los que se basa la existencia misma de la colectividad.

Aún más, el salvaguardar la independencia, puede también determinar el que se libre al ejercicio de la justicia penal, la influencia política que generalmente conlleva la lesión a la independencia del juez.

Por eso, la norma que comentamos, cuenta con significado objetivo, para salvaguardar la influencia de parte de otras funciones; y de dentro de la misma jurisdiccional, cuando en la influencia operan elementos que se desprenden de aspectos jerárquicos de parte de magistrados de tribunales superiores respecto a órganos jurisdiccionales inferiores. Tendrán entonces que adoptarse las medidas administrativas pertinentes, e inclusive sustanciarse las correspondientes causas penales de haber lugar, al darse los supuestos previstos en el artículo.

Art. 170. Juez Natural. Nadie puede ser juzgado sino por los jueces competentes determinados por la ley. |

Principio del Juez Natural, que fundamenta a la jurisdicción y la competencia en materia penal, ordinariamente y en principio está alrededor de órgano jurisdiccional titular o alerno designados conforme a la Ley, quienes conocen la causa, le dan el trámite correspondiente y emiten la resolución respectiva.

170 Se ha tomado un concepto clásico de Juez natural, basado en la predeterminación legal de su competencia, en la inteligencia de que la Constitución completa este concepto prohibiendo todo Tribunal excepcional o comisión especial de juzgamiento. De este modo, aunque ello estuviere fijado en la ley con anterioridad al hecho, la Constitución Nacional no permite la creación de un Tribunal o la atribución de una competencia que tenga el carácter arbitrario y discriminatorio que caracteriza a los tribunales excepcionales. C.N.: 19, INC. 17 d); C.P.P. ECUADOR: 159; C.P.P. ARGENTINA: 1; C.P.P. PORTUGAL: 8; C.P.P. PERU: VI; C.P.P. MODELO IBEROAMERICA: 2; P.C.P.P BORJA (1936): 1.

Sin embargo, en la disposición que comentamos tiene una adición sustancial: que el organismo jurisdiccional esté determinado por la Ley "antes del hecho de la causa".

El motivo existente para el criterio anotado se ubica en salvar al Juez Natural, e impedir que se lo remueva cuando puedan asistir circunstancias particulares tendientes a alterar el manejo regular del juicio; entonces, no sólo se institucionaliza la respetabilidad de la judicatura penal, sino que se enervan alternativas de recusaciones innecesarias o tendenciosas, que en definitiva entorpecen el desarrollo jurisdiccional equilibrado. La fórmula en esencia preserva a la justicia de una forma de influencia que puede ser ejercida indebidamente.

III.- GARANTIAS CON RESPECTO AL IMPUTADO.

Art. 82. Denominación y facultades. Se considera imputado a quien se le atribuya participación en un acto punible como autor, cómplice o encubridor. Se denomina acusado, al imputado contra quien se ha dictado el auto de apertura del juicio; y condenado, a aquél sobre quien existe una sentencia condenatoria ejecutoriada.

El procesado puede ejercer todas las facultades que la Constitución y este Código establecen, desde el inicio de la indagación policial hasta la finalización del proceso.

Se entiende por inicio de la indagación policial cualquier acto que realice la Policía de Investigaciones en virtud de alguna noticia que señale a una persona como posible partícipe de un acto punible.⁸²

82 Si bien la denominación de "imputado" es de carácter general, se ha buscado dotar de mayor precisión a la terminología del Código. Se procura así quitarle a tal término algo de la carga negativa que posee y que se traslada a las informaciones periodísticas con perjuicio para el crédito de las personas. Se ha tomado el concepto más amplio de imputado. Con ello se quiere acabar con todas las ficciones de "etapas preprocesales", cuyo único efecto real es el de limitar inconstitucionalmente los derechos y garantías fundamentales de las personas.

OPP ALEMANIA FEDERAL; 157, MOD; CPP MODELO IBEROAMERICA: 31; PCPP GUATEMALA (1990): 50.

La denominación de imputado salvaguarda la situación de un individuo que, empero de haber tenido participación en un hecho punible, no tiene la condición de partícipe como autor, cómplice o encubridor, sin embargo de haber sido sometido a investigación policial. Y de ser procesado, se consagran los derechos constitucionales que le asisten, para lo cual se delimita el principio de la indagación policial.

Con respecto a la LIBERTAD DEL IMPUTADO EN EL PROCESO, tan venida a menos en el sistema vigente, al considerarse su privación como pena anticipada. Las únicas medidas cautelares en contra del imputado, dentro de las que se encuentra la privación de la libertad mediante prisión preventiva son de carácter excepcional.

El principio doctrinario procesal actual radica en que durante el procedimiento sólo se puede restringir la libertad del imputado cuando exista peligro cierto de fuga, lo cual si bien es cierto no está así previsto expresamente, sin embargo, es ésta la tendencia. En todo caso se trata de individualizarla como a medida cautelar, de manera que, nadie puede ser sometido a prisión preventiva si las condiciones carcelarias no garantizan sólo una mínima afectación a su libertad.

Ahora, la limitación más significativa radica en que la prisión preventiva debe ser proporcionada a la pena que se espera. En ningún caso puede sobrepasar la amenaza penal máxima prevista en la ley, ni exceder en el plazo de un año para los delitos que prevén pena máxima de hasta cinco años de privación de libertad o el plazo de un año y medio para los delitos que prevén una pena superior.

De lo que se trata es que en el proceso, a pretexto de la prisión preventiva, no se tenga que jugar con la libertad del imputado.

En resumen, el significado de la medida cautelar, por la forma como ha sido regulada en la legislación procesal positiva, no ha tenido el alcance procesal correspondiente, cuya trascendencia está alrededor de los siguientes aspectos: 1) tiene naturaleza accesoria y secundaria; 2) está en función de asegurar el cumplimiento de finalidades procesales de órdenes real y personal; 3) son excepcionales, puesto que su aplicabilidad se da únicamente de acuerdo con las circunstancias procesales. Las de orden real, en función de asegurar el cumplimiento de efectos patrimoniales

con respecto al reo; y , las personales, vinculadas con la presencia del imputado en la causa.

En uno u otro caso, indudablemente que la medida cautelar afecta a bienes jurídicos del imputado, pero el sentido de la lesión en ningún caso puede ir más allá de lo que se pretende con la aplicación de la medida. Por lo tanto, bajo punto de vista alguno puede ser una situación que entrañe efecto represivo del hecho incriminado que se juzga, que es como inadecuadamente se pretende, incluso a partir de la dogmática procesal indebidamente concebida.

Por lo tanto, lo que se pretende, es el ubicar en su verdadero sentido a la medida cautelar; especialmente la que tiene que ver con la privación de la libertad, que es la que más ha sido manipulada con sentido represivo en el ejercicio de la justicia penal.

Una de las fallas de la justicia penal ecuatoriana, ha sido precisamente la indebida regulación de la medida cautelar, que ha conllevado a la arbitrariedad y la concomitante aplicación muchas veces inescrupulosa en función de objetivos diferentes; ha servido para condicionar negociaciones, efectivizar obligaciones muchas veces de carácter civil.

Sobre la efectivación del PRINCIPIO DE INOCENCIA, constitucionalmente concebido y que destaca un fundamental derecho humano.

*Art. 171. Principio de Inocencia. El imputado es considerado inocente durante el proceso, hasta que una sentencia ejecutoriada le imponga una pena.*¹⁷¹

171 Si bien se ha optado por una fórmula tradicional, lo importante es que el imputado sea verdaderamente tratado como inocente durante el procedimiento. Ese debe ser el efecto principal de esta norma. C.N.: 19, inc. 17 c); DUDH (ONU): 11, No. 1; PIDC y P (ONU): 14, No. 2 y 9, No. 3; CADH (OEA): 8, Nos. 2 y 7; C.P.P. PERU: III, IX y VII; C.P.P. ARGENTINA. FED.: 1 y 3; C.P.P. MENDOZA: 3; BASES L.A.: I, 3.1.0. párr. IV.; P.C.P.P. GUATEMALA (1989): 3.

Art. 172. Duda. La duda favorece al imputado.

En ningún caso la condena se puede fundar en presunciones legales sobre la existencia del hecho o sobre la culpabilidad del imputado. 172

Las dos disposiciones están dentro del mismo alcance epistemológico. El principio de presunción de inocencia del imputado ha sido siempre expuesto en la legislación penal positiva, pero no se han dado mecanismos concretos de efectivación. Ha sido más bien un discurso, puesto que en la realidad, no sólo en el ejercicio concreto de la justicia penal, sino dentro de el ejercicio social vinculado a los medios de comunicación y a actitudes extraprocesales ha ocurrido exactamente lo contrario del enunciado, esto es se ha partido de la premisa de la culpabilidad del imputado, tanto que, si se llegó a dar sentencia absolutoria, resulta ya demasiado tarde, pues socialmente se han dado los elementos sociales de estigmatización a los que se refiere la tendencia interaccionista de la criminología de la reacción social.

Lo más grave, que se llegan a adoptar mecanismos procesales que parten de la base de la culpabilidad del imputado, concretamente en el caso de la prisión preventiva, cuando se reprime al sujeto de su libertad, empero de tratarse de una acción cautelar, y se lo ubica en la misma situación en la que está el condenado. Y aún, existen sistemas legislativos punitivos que, como en el caso de la Ley que reprime el narcotráfico, consagran a la culpabilidad como punto de partida, y alrededor de ella se llegan a consagrar formas represivas. Buena parte de fallos, por otro lado, mantienen la actitud anotada.

Se trata entonces de que la presunción de inocencia se efective dentro de un sistema procesal, que es lo que pretende el Proyecto.

172 Como es tradicional en la legislación ecuatoriana, al principio "in dubio pro reo" se le ha dado la máxima amplitud, es decir, actúa tanto para la valoración de la prueba como para la interpretación legal. El segundo inciso es una derivación del mismo principio, pero ha parecido conveniente insertarlo por la práctica constante de no fundar las sentencias en la prueba sino en meras presunciones previstas directamente *en la ley*, sin fundamento probatorio.

C.N.: 19, inc. 17 c); C.P.P. ARGENTINA: 4; C.P.P. PERU: IX; C.P.P. MODELO IBEROAMÉRICA: 3, Ult. Párr.; **P.C.P.P. GUATEMALA (1989): 3**, Ult. Párr.

Art. 173. Unico Proceso. Nadie debe ser procesado ni penado más de una vez por el mismo hecho.173

En el sistema procesal actual, no es raro el que por un mismo asunto se persiga más de una vez a un sujeto, a través de diversas causas, incoadas de manera tal que aparenten ser por razones diferentes, especialmente en casos en los cuales un hecho típico forma parte de otro; o, en las figuras delictivas de participación múltiple, de parte de varios sujetos. Y por ende no es tampoco difícil el que se den tantos pronunciamientos, cuantas causas se hayan procesado.

Es así como la "única persecución, que constituye principio de derecho universal consagrado en instrumentos internacionales, debe estar expresamente regulado.

Empero, con la mera regulación no se obtiene nada, si no se dan mecanismos concretos que permitan su efectivación. De manera que en el presente proyecto, se sugieren formas que permitan la aplicación del principio y se enerve la posibilidad de que a través de acciones indebidas se persiga a un sujeto más de una vez por un mismo hecho, a través del establecimiento de un mecanismo procesal de "conexión de causas conexas" por circunstancias de órdenes subjetivo y objetivo (Título III, Capítulo I, Sección 2da.).

Sobre el DERECHO DE DEFENSA, también constitucionalmente consagrado, como fundamental derecho humano.

173 Se ha optado por una fórmula sencilla del principio "ne bis in idem", dejando a la doctrina y a la jurisprudencia el desarrollo de ciertos casos excepcionales, cuando la persecución penal ha sido suspendida o frustrada por cuestiones que no se relacionan con el fondo del asunto (incompetencia, etc.). Asimismo corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia determinar el alcance que se le quiera dar al principio del "eadem causa petendi" y a la identidad de objeto.

C.P.P. ECUADOR: 160; PIDC y P (ONU): 14, No. 7; CADH (OEA): 8, No. 4; CPP ARGENTINA FED: 1; CPP ITALIA (1988): 649; CPP PERU: IV; CPP CORDOBA (1970) (ARGENTINA): 1; CPP ITALIA: 90; BASES L.A. 1.3.1.0.1, MOD (Párr. III); CPP MODELO IBEROAMERICA: 4; PCPP BORJA (1936): 6; PCPP GUATEMALA (1990): 4.

Art. 174. Inviolabilidad de la defensa. Es inviolable la defensa en el proceso.

El imputado 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.

Si el imputado está privado de libertad, el encargado de su custodia debe transmitir inmediatamente al Juez, al Tribunal de la causa o al Ministerio Público las peticiones u observaciones que formule.

Toda autoridad que intervenga en el proceso debe velar para que el imputado conozca, inmediatamente, los derechos que la Constitución y este Código le conceden.174

Art. 176. Intérprete. El imputado tiene también derecho a elegir un traductor para que lo asista, como auxiliar, en todos los actos necesarios para su defensa. Cuando no comprenda correctamente el idioma oficial y no haga uso del derecho establecido anteriormente, se debe designar de oficio un traductor.¹⁷⁶

Art. 177. Extensión de la defensa. Las disposiciones sobre la defensa también rigen, en lo pertinente, para el condenado, hasta la extinción de la pena.177

-
- 174 Se ha buscado en este artículo precisar el concepto de "defensa material" como un derecho inalienable del imputado, una de cuyas manifestaciones —aunque no la única— es el derecho a contar con una "defensa técnica".
CN: 19 Inc. 17 e); CPP PERU: VIII; ARGENTINA FED: 105, MOD; CPP PORTUGAL: 61 Inc. 1 d y e; CPP ITALIA: 96 Inc. 1, 97 Inc. 1; CPP MODELO IBEROAMERICA: 5 (Ult. Párr.); PCPP BORJA (1936): 8; PCPP GUATEMALA (1990): 5.
- 176 Tal como lo ha establecido la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) el derecho a contar con un traductor forma parte del mismo derecho de defensa y, en consecuencia, tiene el mismo carácter de inviolabilidad.
CADH (OEA): 8, No. 2; P.C.P.P. GUATEMALA (1989): 5, 3er. Párr.
- 177 El derecho de defensa se extiende al proceso de ejecución de la pena esto es congruente con la idea de judicializar la ejecución penal. El condenado no se puede convertir en un objeto olvidado en un depósito carcelario. Es un ser humano con derechos y para hacerlos valer debe tener la posibilidad de contar con asistencia técnica. De este artículo no se debe desprender que el vínculo contractual entre el defensor y el defendido debe continuar necesariamente hasta la ejecución total de la pena. Ello queda librado a la autonomía de las voluntades. Lo que sí se debe entender es que la necesidad de un defensor de oficio también existe durante la ejecución de la pena.
CPP MODELO IBEROAMERICA: 5 (Ult. Párr.); P.C.P.P. GUATEMALA (1989): 5, últ. Párr.

Uno de los aspectos neurálgicos del procedimiento penal, es el de regular de manera integral el derecho de defensa que tiene el imputado.

Indudablemente que la naturaleza pública de la acción penal, entrega al Estado las facultades y medios para a través de la fuerza pública y el ministerio fiscal cumplir con el derecho que le asiste de perseguir al delito, antes, en el proceso y en la aplicación de la pena. Sin perjuicio desde luego de que la víctima tenga que intervenir en la acción penal.

Por lo tanto, la defensa del imputado, es de fundamental importancia, no sólo para que establezca el equilibrio indispensable con respecto a la acción del Estado, sino porque es su conducta que está sometida al enjuiciamiento, y de la valoración pertinente puede conllevar como consecuencia la aplicación de la pena. Entonces, la única posibilidad de un adecuado enjuiciamiento penal, es el que esté suficientemente regulado y garantizado el 'ejercicio de la defensa.

La regulación del derecho de defensa del sindicado, que también es motivo de preocupación de los diferentes instrumentos internacionales enunciados como referencia.

Al consagrarse la "inviolabilidad de la defensa", se permite que su ejercicio se realice, primero en todos los actos del procedimiento, y el que pueda efectuarlo a través de sí mismo, de manera que quepa contacto directo entre el imputado y el tribunal de la causa, incluso en circunstancias en que esté privado de su libertad, con la obligación concomitante de la autoridad que intervenga en el procedimiento de velar por el conocimiento inmediato de parte del imputado de los derechos que le asisten.

Las alternativas que con respecto a la defensa se presentan son aquellas que van desde la libertad del imputado para designar su defensor, o la defensa de oficio; hasta el evento de que el imputado motu proprio ejerza su defensa, con el concurso de asistencia a través del defensor que asegure la eficacia técnica.

Aparte de lo anotado, lo que de novedad existe en el proyecto es el contar con "traductor o intérprete" de confianza del imputado "para que lo asista", —no necesariamente se trata de un perito en los términos tradicionales de la expresión—; es indudable que el idioma propio del impu-

tado, se vincula con su personalidad, es una forma de expresión vital y **ae** sus intereses; de manera que el intérprete por él escogido o asignado de oficio, en tales términos está vinculado a la defensa del imputado.

Por último, en el Proyecto se pretende que la aplicación de la pena dependa de la función jurisdiccional, que su administración se vincule cor el ejercicio de la justicia; por lo cual, la defensa, va mas allá del juzga miento, se proyecta hasta la extinción de la pena, dadas las alternati vas relacionadas con su ejecución.

IV.- GARANTIAS DE LA VICTIMA

Art. 80. Ofendido. Se considera ofendido:

1) *al directamente afectado por el delito, al cónyuge, al conviviente en unión libre, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero testamentario cuando acuse la muerte del causante;*

2) *a los socios, respecto de los delitos que afecten a una socie- dad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sean sus gerentes;*

3) *a las asociaciones, en aquéllos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vin- cule directamente con esos intereses;*

4) *a las comunidades indígenas en los delitos que impliquen discriminación o genocidio respecto de los miembros del grupo."*

80 Se ha tomado un concepto muy amplio de ofendido o víctima del delito, ya que la vida moderna obliga a extender los conceptos tradicionales. Se busca, de este modo, abrir las puertas del proceso penal a nuevos protagonistas y generar una justicia verdaderamente participativa.

En la defensa de bienes colectivos o difusos –es decir, aquéllos que no tienen un titular claramente establecido sino que corresponden a la totalidad de la sociedad (vgr. el medio ambiente)– deben tener participación las entidades intermedias. Deben tener idéntica participación las comunidades indígenas en los delitos que las afectan como tales.

C.A.D.H. (OEA): 8; No. 1; CPP ITALIA: 91, MOD; CPP MODELO IBEROAMERICA: 78, NOTA MOD; PCPP GUATEMALA (1990): 7.

Art. 81. Derechos del ofendido. El ofendido tiene derecho:

1) a intervenir en el proceso penal como acusador particular, de acuerdo a la siguiente prelación: a) el directamente afectado; b) el cónyuge o el conviviente en unión libre; c) los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, según su orden; y d) el heredero testamentario cuando acuse la muerte del causante;

2) a ser informado de los resultados del proceso, aun cuando no haya intervenido en él;

3) a ser consultado antes de cada decisión que implique la disponibilidad o suspensión de la acción penal.⁸¹

Las circunstancias actuales en medio de las que el delito se produce, conllevan el que en forma expresa se determine a la víctima para el ejercicio de los derechos correspondientes y los demás efectos procesales.

A diferencia del sistema vigente, en el Proyecto que analizamos se llega a concretar a la víctima, de manera tal que no sea necesario el esperar que se tramite la causa para luego establecerla; sino que dentro de lo posible existe la posibilidad inmediata de su determinación.

Luego, el ofendido, está en condiciones de participar en el proceso sin embargo de que no sea acusador; pues, es posible que no le importe el ser parte de la causa como acusador particular, pero sí por lo menos a ser informado del proceso, —especialmente en la parte preliminar de la instrucción fiscal en que el trámite a cargo del Ministerio Público es privado— y a ser consultado en los eventos de disponibilidad o suspensión de la acción penal.

⁸¹ En consonancia con las tendencias modernas de la política criminal, se han aumentado los derechos del ofendido, dado que él es un protagonista esencial del conflicto que está en la base del proceso. El monopolio del protagonismo del Estado no ha traído como consecuencia, en los hechos, el respeto y la verdadera defensa de los intereses de las víctimas.

V.- EFECTIVACION DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Art. 179. Inobservancia de las garantías. La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se puede hacer valer en su perjuicio.179

Art. 180. Aplicación. Las disposiciones procesales se deben aplicar a partir de su entrada en vigencia, aun a los procesos ya iniciados. No obstante, no se deben aplicar retroactivamente aquellas disposiciones que limiten las facultades o garantías previstas en este Código.¹⁸⁰

Art. 181. Interpretación. Todas las disposiciones de esta ley que restringen la libertad, los derechos del imputado o limitan el ejercicio de las facultades conferidas a quienes intervienen en el proceso, deben ser interpretadas restrictivamente.181

179 Las garantías procesales son escudos que protegen al individuo de la posible arbitrariedad en el uso del poder penal; no son meras formalidades del proceso. Por lo tanto, se debe tener siempre en cuenta este carácter sustancial de las garantías por encima de su cumplimiento formal.

CPP MODELO IBOERAMERICA: 1 (últ. Párr.); PCPP GUATEMALA (1990): 1, (Ult. Párr.).

180 Se ha tomado un concepto de irretroactividad de la ley procesal que es, en cierto modo, similar al que rige en la ley penal sustantiva. Si lo que se quiere evitar es la arbitrariedad, también los derechos y reglas básicas del proceso deben ser intangibles. Toda limitación a las facultades o derechos previstos en este Código no podrá ser aplicada retroactivamente, considerando al proceso como una unidad, no fraccionable en actos particulares.

181 Del mismo modo se prohíbe toda interpretación analógica o extensiva de las cláusulas limitativas.

C.P.P. PERU: IX (2do. Párr.); C.P.P. ARGENTINA: 3; C.P.P. MENDOZA (ARGENTINA): 3; C.P.P. CORDOBA (1970): 3; MODELO IBEROAMERICA: 7; P.C.P.P. GUATEMALA (1990): 8.

*Art. 182. Generalidad. Las garantías y principios previstos en este Código se deben observar en todo proceso a consecuencia del cual se pueda aplicar una sanción o cualquier disposición restrictiva de la libertad, aun cuando se trate de medidas tutelares respecto de menores de edad.*¹⁸²

Las garantías constitucionales en el proceso penal, no pueden efectivarse, si no se establecen mecanismos concretos para el efecto.

El problema existente en el sistema actual es el pretender que las garantías constitucionales tengan aplicación directa de la Constitución Política a los casos concretos, sin que exista regulación expresa en la Ley.

En tal virtud, en el Proyecto, en las disposiciones que comentamos, de lo que se trata es el cumplir con el propósito de que las normas constitucionales no tengan aplicación directa, sino que el cumplimiento de los preceptos constitucionales se efectiven a través de procedimientos expresamente regulados en el Código de Procedimiento Penal en virtud de disposiciones expresamente reguladas y en las que la pertinente aplicación no den lugar a duda alguna. Hay que advertir el que la aplicación del precepto constitucional se realiza a través de la legislación vigente.

En todo caso, consideramos que la nueva concepción procesal que sugerimos, no puede tener cabida tampoco si no se concibe una política criminal del Estado ecuatoriano, en el que la transformación jurídica sea integral, esto es en los aspectos sustantivo y penitenciario, y en la nueva orientación que se otorgue a la legislación de excepción relacionada con el narcotráfico.

El problema en esencia radica en la inexistencia de política criminal firme, en que la realidad planteada sea estructural y radical: lo primero en función de todo un contexto, y lo segundo con respecto a llegar a la raíz del problema y no solamente ubicarnos en la forma.

182' Se busca extender las garantías procesales a todo procedimiento del cual resulte una sanción o una medida sustancialmente similar a ella. Se acentúa así el carácter de "derecho constitucional aplicado" que tiene el derecho procesal y se quiere evitar casos como el de la legislación de menores que, bajo el pretexto de brindar una mayor protección, priva en los hechos a los menores de los derechos y garantías más elementales, como si la Constitución no hubiera de aplicarse a ellos.