

INCONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Dr. Jorge Zavala Baquerizo

Señor Presidente del H. Tribunal Constitucional:

Dr. Jorge E. Zavala Baquerizo, por mis propios derechos, ciudadano ecuatoriano, en pleno ejercicio de los derechos políticos, de profesión Abogado, a usted y por su digno intermedio al H. Tribunal Constitucional, respetuosamente expone y demanda:

1

Fundamentos de Hecho

En el Registro Oficial No. 360 de 13 de enero de año 2000 se publicó el Código de Procedimiento Penal (CPP) expedido por el H. Congreso Nacional, con las objeciones hechas por el Señor Presidente Constitucional de la República, las cuales fueron incorporadas al indicado Código en virtud del mandato contenido en el cuarto inciso del arto 153 de la Constitución Política de la República (CPR).

La ley ordinaria que contiene el CPP, al que me refiero en el párrafo anterior, es inconstitucional por lo que comparezco ante ese H. Tribunal ejerciendo el derecho que me concede el art. 276, Nos. 1 y 5 de la CPR, con la presente demanda de inconstitucionalidad con la finalidad que declare que la ley que contiene dicho Código es inconstitucional, a base de los fundamentos de derecho que a continuación pongo en consideración de ese H. Tribunal.

11 Fundamento de Derecho &10. Inconstitucionalidad General

Tanto los arts. 23, No. 27 Y 24, inciso primero, CPR se refieren al "debido proceso" por 10 que me veo obligado a entrar al estudio de esta

frase, analizada desde el punto de vista del proceso penal.

El "debido proceso" presupone el cumplimiento de una serie de exigencias jurídicas que lo sustentan y que son necesarias para la existencia del proceso legal.

Se debe partir del más elemental de los aforismos procesales que rigen dentro de las naciones gobernadas bajo regímenes democráticos: Nemo iudex sine lege (no hay juicio sin ley). Pero el anterior aforismo se complementa en otro: Nemo damnatur nisi per legalem iudicium (la ley penal sólo puede aplicarse por órganos y jueces instituidos legalmente y nadie puede ser sancionado sino en virtud de un juicio legal). De estos aforismos surge lo que ahora se llama el "debido proceso", el cual demanda la presencia de importantes presupuestos para su estricto cumplimiento.

El primer presupuesto es la existencia del órgano jurisdiccional penal, al cual se le ha conferido, de manera exclusiva y excluyente, la potestad judicial para que ejerza la función de administrar justicia en materia penal, como lo dice de manera expresa el inciso primero del artículo 191, CPR. Pero el juez penal, en cada caso particular, debe exhibir características esenciales, a saber: naturalidad, competencia, independencia e imparcialidad.

El artículo 24, No. 11, CPR, ordena que "ninguna persona puede ser distraída de su juez competente por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto". Dos puntos esenciales encierra la norma constitucional anterior, cuales son: a) la sumisión del ciudadano a su juez ordinario, común, y, b) la sumisión del ciudadano al juez ordinario competente. Por el punto a) el Estado garantiza a los habitantes del Ecuador el sometimiento a un juez ordinario que excluye cualquier juez de excepción, o especialmente creado para el juzgamiento de una persona en particular, o por un delito en concreto. Por el punto b) el Estado garantiza al habitante de la República el juzgamiento por parte del Juez que, por mandato legal, sea competente. Pero es necesario comprender integralmente lo anteriormente expuesto, es decir, que el "juzgamiento" es un todo que comienza con la iniciación del proceso penal y culmina con la conclusión del mismo de acuerdo a las normas contenidas en la ley de procedimiento. No sólo "juzga" el Tribunal llamado legalmente a dictar sentencia. Este Tribunal es competente sólo y exclu-

sivamente para desarrollar los juicios de imputabilidad y de culpabilidad, es decir, para el juicio. general de atribuibilidad. También juzga el juez que sustancia la primera etapa del proceso., esto. es, el sumario. o. de instrucción, en donde se hace el análisis del acto. típico. y antijurídico. ejecutado. por el justiciable. Juzga igualmente, el juez que entra al estudio. crítico. del sumario. en la etapa intermedia para concluir si es que el sumario., cumplió o. no. sus finalidades. Ergo.: la competencia del juez penal natural debe surgir desde el inicio. del sumario., pues es el único. que tiene la potestad judicial, de acuerdo. con lo. dispuesto. por la CPR.

La independencia judicial se manifiesta en dos aspectos esenciales, a saber: la externa o. independencia en tanto. Función del Estado., es decir, frente a las otras Funciones y organismos estatales; y la independencia interna, o. sea, la del órgano. jurisdiccional frente a los otros órganos jurisdiccionales de la misma, inferior, o. superior jerarquía. Para mantener la independencia externa de la Función Judicial la CPR prohíbe, en el art. 205, que los magistrados y jueces desempeñen cargos públicos y privados, exceptuada la decencia universitaria. Y para mantener la independencia interna de CPR establece la norma contenida en el art. 199, inciso final. La independencia interna judicial es exclusiva y excluyente, pues sólo. es de responsabilidad del respectivo. titular del órgano. jurisdiccional penal, y él es el único. que puede asumir la responsabilidad sobre la sustanciación del proceso. y sobre la resolución del mismo., con exclusión de cualquier otro. órgano. judicial de igual, inferior, o. de superior jerarquía. Cualquier injerencia extraña es inconstitucional y afecta peligrosamente la correcta administración de justicia. Tan lo. comprende así la CPR que al final del art. 191 declara imperativamente que debe establecerse la "unidad jurisdiccional", esto. es, que no. debe haber órgano. alguno. que tenga la capacidad de administrar justicia que no. sea un órgano. sometido. a la Función Judicial, con lo. cual se asegura la independencia externa e interna de dicha Función, ésto. es, la de ser única, exclusiva y excluyente. Este mandato. constitucional fulminó los órganos que administraban justicia con independencia y a espaldas de la Función Judicial.

Finalmente, la imparcialidad es otro. de los sustentos del "debido proceso.". Para garantizar la imparcialidad judicial en el antes citado. art. 205, CPR, se prohíbe a los jueces "ejercer funciones en los partidos políticos, tli intervenir en contiendas electorales". Además, en el art. 24. No.. 17, ib, se dispone que "toda persona tiene derecho. a acceder a los ór-

ganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión ... " .

La imparcialidad es una exigencia de carácter subjetivo que garantiza al ciudadano la certeza de una actuación judicial pura y desinteresada, esto es, aquella que la persona que debe sustanciar un proceso le falte el designio anticipado o de prevención en favor o en contra de las personas sobre cuyos intereses debe juzgar. La imparcialidad debe existir desde el principio de la instrucción hasta el final de la etapa de culpabilidad, lo que permite proceder en la sustanciación del proceso con rectitud y sin inclinaciones que sacrifiquen la Justicia.

Pero cuando un funcionario que carece de potestad judicial, que es sólo un miembro de un instituto controlador, asume para sí la calidad de juez -aunque no se lo diga expresamente sino que se lo instituye eufemísticamente- y practica actos procesales de importancia fundamental, como son los que tienden a la estructuración jurídico procesal del delito, y luego de haber actuado como juez de instrucción asume el papel de sujeto activo del proceso en la etapa en donde se desarrolla el juicio de atribubilidad, violenta los principios del juez natural, competente, independiente e imparcial en que se sustenta el "debido proceso". La imparcialidad del juez es un presupuesto necesario para servir a la Justicia y esta imparcialidad debe existir desde la iniciación del proceso y no sólo en la etapa intermedia o del juicio.

En los países, como Estados Unidos de América, que siguen el procedimiento penal iniciado desde la antigua época de los puritanos del "Myflower" -que es el que actualmente se quiere imponer entre nosotros de manera inconstitucional como "novedad"- han sufrido y siguen sufriendo los males que significa en dejar en manos de la fiscalía y de la policía judicial la instrucción del proceso penal. Infinidad de casos de sentencias equívocas, que han llevado a miles de inocentes a sufrir la pena de muerte, tienen su origen en el amañamiento interesado de los medios de prueba por parte de los fiscales y de la policía. Ocultamiento de pruebas, falsedad de y en documentos, creación e implantación de pruebas de cargo, secretismo en las investigaciones, conspiración entre ciertos malandrines con los fiscales, amenazas de fiscales y policías a testigos imparciales, aplicación del "tercer grado" policial a acusados y a testigos, etc. etc., son algunos de los numerosos medios ilegales que po-

nen en juego los fiscales y policías interesados en "triunfar" en las supuestas investigaciones.

No se escapa a nadie que de ninguna utilidad son los enunciados constitucionales sobre el "debido proceso" si el proceso es manipulado por un funcionario parcializado, extraño a la Función Judicial, que funge inconstitucionalmente de juez, que sabe y tiene conciencia que lo que haga o deje de hacer en la instrucción tiene sus consecuencias en la etapa del plenario o de juicio, por lo que tiene interés que a esta última etapa se manifieste todo de acuerdo a los intereses de la fiscalía. Los mandatos constitucionales sobre el "debido proceso" se convierten en membretes retóricos cuando son manipulados por un funcionario extraño a la Función Judicial que surge parcializado desde la iniciación del proceso. Y cualquiera que sea la opinión de los propugnadores del CPP impugnado, el fiscal, de acuerdo a dicho Código, es un juez de la primera etapa del proceso penal, que ha reemplazado en dichas funciones al titular del órgano jurisdiccional penal, que es el Juez de lo Penal, quien, en el citado Código, queda reducido a figura casi innecesaria, pues, como se observará a lo largo de la presente exposición, se le resta la independencia para poder, en un momento procesal dado, dictar el auto de apertura del juicio, si es que su opinión está en desacuerdo con la del Fiscal.

Una de las severas críticas que se han hecho al CPP en actual vigencia es que se trata de un procedimiento escrito y que, como la CPR, en el arto 194, impone el sistema oral, se debe adecuar el CPP a dicho mandato constitucional. Pero a poco que se examine el texto del citado Código se observará que poco o nada ha cumplido con el mandato constitucional. En efecto, la instrucción, o sea el sumario, sigue siendo escrito de principio a fin. En la tapa intermedia se ha inventado una audiencia insustancial que tiene límites estrechos que no permiten el desarrollo de la crítica jurídica de lo actuado en la instrucción que es la finalidad de la etapa intermedia que poco aporta a la oralidad del proceso. Y la etapa del juicio o plenaria es igual a la que actualmente consta en el CPP vigente. ¿Cual ha sido la innovación? Ninguna. "Sistema oral", como dice nuestra Carta Política no debe ser sólo para una de las tres etapas del proceso, sino para todas ellas, porque el citado arto 194, CPR, dice que "la sustanciación de los procesos ... se llevará a cabo mediante el sistema oral..."; y el proceso penal se "sustancia" desde su iniciación hasta su conclusión. Ergo, el CPP no cumple con el mandato contenido en el arto 194, CPR, y, por inconstitucional, debe ser declarado tal.

Como se sabe, el proceso penal es una institución jurídica cuya naturaleza está dada por la relación jurídica que se constituye entre el juez y los sujetos procesales, activo y pasivo y entre éstos entre sí. El proceso penal es una sucesión continuada y progresiva de actos que se desarrollan de acuerdo a las normas contenidas en el procedimiento previamente establecido por el Estado. El proceso tiene un presupuesto que posteriormente pasa a ser su objeto: la infracción; y tiene una finalidad: imponer la pena. El proceso penal, en su desarrollo, cruza por diferentes etapas, cada una de las cuales tiene su finalidad propia, de acuerdo con el objeto de cada una de dichas etapas. La etapa primera del proceso es la conocida como "sumario" o "instrucción", la misma que tiene por objeto el análisis del acto típicamente antijurídico y, por ende, su finalidad particular es la de establecer dentro del proceso la existencia jurídica del delito y, además, la de individualizar e identificar a los autores y partícipes. La etapa segunda del proceso es la intermedia, la cual tiene por objeto el sumario, es decir, debe hacer crítica de lo actuado dentro de la primera etapa del proceso para declarar si es que la misma cumplió su finalidad, esto es, si se estableció la existencia del delito y si se individualizó e identificó a los autores y partícipes del mismo. Si al finalizar la etapa intermedia se declara que se ha comprobado la existencia jurídica del delito y su relación causal con la persona del sindicado, se entra a la tercera etapa del proceso, cual es la llamada "plenaria" o de "juicio", etapa que tiene por objeto el análisis de la conducta del autor y por finalidad la de establecer la culpabilidad del mismo.

El CPP impugnado reconoce, en el art. 207, las etapas por las que se desarrolla el proceso penal, que son: instrucción, intermedia, juicio e impugnación. De lo que se infiere que el proceso penal no sólo se estructura de las etapas intermedia y plenaria, como quieren hacernos creer algunos admiradores de sistemas procesales extraños a nuestra prosapia romanista. La etapa sumaria o de instrucción es una etapa del proceso penal y, por ende, debe ser iniciada y sustanciada por el órgano judicial y no por miembros extraños a dicho órgano. Sobre este punto no cabe observación alguna, pues el propio CPP impugnado, en el art. 65, al referirse a las funciones del Fiscal dice que a éste le corresponde "el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública" (excitativa fiscal) y, "además, el Fiscal intervendrá como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública". Si el Fiscal es parte en "todas" las etapas del proceso penal y la instrucción es una etapa del proceso penal, se entiende, por elemental lógica, que el Fiscal es parte de

dicha instrucción; y si es parte en la instrucción, no puede, a su vez, ser juez en la sustanciación de dicha etapa y constitucionalmente, de derecho no lo puede ser, por carecer de la potestad judicial, como lo ordena el artº 191, CPR.

&20. Inconstitucionalidad Concreta

Además de que el CPP impugnado es inconstitucional por no ajustarse a la exigencia de la oralidad integral que imperativamente prescribe la CPR, muchas de las disposiciones de aquella ley son contrarias a diversos principios y normas constitucionales. La inconstitucionalidad alegada se manifiesta en los artº 23; 26; 27, No. 6; 28. No. 2; 39, inciso segundo; 54; 57, No. 1; 79; 83; 93; 116; 119, inciso tercero; 143; 151; 152; 156; 165; 171, No. 3 198; 199; 200; 214; 215; inciso final: 216, No. 2; 217; 218; 219; 221; 222; 224; 231; 232; 244; 250; 251; 253; 295; 328; 347; 369; 370; 372; 376; 384 Y 410.

Fundamentaré cada una de las inconstitucionalidades antes singularizadas.

1. La inconstitucionalidad del artº 23 surge por cuanto éste expresa que un proceso se puede desplazar de un Fiscal a otro por motivos de competencia, pues la competencia la tienen los órganos de la Función Judicial, órganos que se encuentran expresamente enumerados en el artº 198, CPR, entre los cuales no se encuentra el Ministerio Público en general, ni la Fiscalía, en particular, lo expuesto por la CPR se ratifica en el CPP impugnado cuando en el artº 17 enumera cuáles son los órganos "de la jurisdicción penal", entre los cuales no se encuentra el Ministerio Público en general, ni el Fiscal, en particular. Por lo tanto, el Fiscal, constitucionalmente, no debe sustanciar proceso penal alguno, el cual no se radica en la Fiscalía, sino en el órgano judicial, que es el que debe ser el competente.

2. También son inconstitucionales los arts. 26 y 217, ib., pues a través de ellos se faculta al Fiscal para que inicie la "instrucción" que, como he observado, por ser una etapa del proceso penal, sólo debe ser iniciada por el órgano judicial y no por un órgano extraño al mismo. De lo contrario, el Fiscal sería Juez (arts. 26 y 217) Y parte (art. 65) y tal actuación es contraria a uno de los fundamentos del debido proceso, cual es la imparcialidad del órgano juzgador, el cual está obligado a tutelar

de manera "efectiva, imparcial y expedida" los derechos de las partes que no queden en indefensión, como reza el No. 17 del arto 24, CPR.

La imparcialidad es una exigencia que garantiza al ciudadano la certeza de una actuación judicial pura y desinteresada, esto es, que la persona que debe sustanciar el proceso no tenga el designio anticipado o de prevención a favor o en contra del justiciable. La imparcialidad debe existir desde el principio de la instrucción hasta el final de la etapa de culpabilidad, 10 que permite proceder con rectitud y sin inclinaciones que violenten la Justicia. Y si el Fiscal sustancia la etapa de instrucción o sumario no puede ser imparcial jamás si está consciente que debe actuar como sujeto activo del proceso, es decir, como parte, frente al imputado, tanto en la etapa intermedia, como en la del juicio.

3. Los arts. 27, No. 6; 28, No. 2 y 369 del CPP impugnado son inconstitucionales pues instituyen un "procedimiento abreviado" que conculca no sólo el derecho de defensa del imputado, sino que, además, violenta la finalidad del proceso penal cual es la de imponer la pena al verdadero culpable, y no al culpable escogido por el Fiscal en pacto con el imputado.

En efecto, el art. 250, en forma expresa afirma que "en la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo". En consecuencia, sin el análisis de la culpabilidad del acusado mal puede éste ser condenado sólo a base de los actos practicados en la etapa de instrucción por el Fiscal (juez y parte). Cuando el art. 24, No. 10, CPR, dispone que "nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento" está disponiendo que, con la voluntad, sin la voluntad y aún contra la voluntad del acusado, deberá ser asistido profesionalmente en la sustanciación del proceso penal y que no se puede sustraer al acusado del beneficio que le significa la audiencia oral de juzgamiento ante el Tribunal Penal, en donde deberán presentarse las pruebas para que el juzgador absuelva o condene. Lo dicho tiene también su fundamento en el art. 115, CPP impugnado, en donde se dispone que "si el imputado, al rendir su testimonio, se declara autor de la infracción, ni el juez, ni el tribunal quedarán liberados de practicar los actos procesales de prueba tendientes al esclarecimiento de la verdad". Y la verdad se desenvuelve en dos frentes, a saber: la verdad sobre la existencia jurídica del delito; y la verdad sobre la intervención y

culpabilidad del sujeto pasivo del proceso en el desarrollo del delito.

Lo que le interesa al Estado no es que se imponga la pena a un culpable de ocasión o surgido de un pacto Fiscal-Acusado, sino que se imponga la pena al verdadero culpable, y éste no siempre es el que se declara tal, sino alguien a quien se desea proteger, por sentimiento o por lucro. Y el Estado no se puede prestar a estos entendimientos entre fiscales y malhechores para obtener ambos beneficios en el acuerdo: el primero, para exhibir un pírrico triunfo judicial; el segundo, para obtener, por lo menos, un rebaja de pena, si es el verdadero culpable; o para obtener un beneficio sentimental o económico, según sea el caso, por proteger al verdadero autor del delito.

El procedimiento abreviado siempre irrumpe contra el derecho de defensa enmarcado en el No. 10 del arto 24, CPR. El derecho de defensa es un derecho irrenunciable, como lo es el de la libertad. Por lo tanto, es indisponible por parte de su titular: no se puede negociar con el derecho de defensa, como no se puede negociar con el derecho a la libertad. En consecuencia, si es en la etapa del juicio o plenaria en donde se debe analizar la culpabilidad del acusado mediante la presentación de las respectivas pruebas, al sustraer el acusado de la competencia del Tribunal del plenario, sin que pueda exhibir las pruebas de descargo, se está atacando su derecho a defenderse, ya que si se acepta al procedimiento abreviado, se lo condena sin pruebas, pues éstas son las que deben demostrar "la certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado" (art. 252, CPP impugnado), lo cual se obtendrá de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa.

4. Los arts. 39, inciso segundo, 231 y 244 son inconstitucionales porque violan la independencia interna judicial garantizada en el art. 199. En efecto, el inciso segundo del art. 39, ib., expresa que "si el juez no considera procedente el requerimiento de archivo" planteado por el Fiscal, debe remitir el expediente al "Fiscal Superior" para que lo ratifique o lo revoque. Si lo ratifica, el Juez, contra su opinión, "dispondrá el archivo de la denuncia".

Por su parte, el arto 231, ib., dispone que si el Fiscal se abstiene de acusar al imputado, pero el Juez "considera necesaria la apertura del juicio o se ha presentado acusación particular" deberá remitir lo actuado al "Fiscal superior", y si éste ratifica la opinión del Fiscal inferior, el

Juez queda obligado, contra su opinión, a dictar el auto de sobreseimiento. Lo expuesto se encuentra confirmado en el arto 244 CPP.

No se necesita mayor explicación para comprender cómo los artículos antes situados violentan la independencia interna judicial al obligar al Juez a que, contra su opinión -que es la opinión del Estado archive una denuncia o dicte un auto de sobreseimiento, a base de la opinión de un miembro extraño a la Función Judicial, como es el Fiscal, con lo que se atropella también la independencia externa judicial, pues un órgano de control extraño a la Función Judicial interviene y coacciona al órgano judicial para que éste se someta a las pretensiones del Fiscal.

5. Presentar una acusación maliciosa ante el órgano judicial constituye un delito que se encuentra tipificado en el arto 494, CP. La responsabilidad penal es personal, personalísima; no puede ser endosada o transmitida por herencia. Se debe recordar que la acusación, particular o privada, sólo surge maliciosa en el momento en que se presenta ante el titular del órgano jurisdiccional penal. La malicia, esto es, el dolo ("designio de causar daño" {arto 14, CP"}) no es transmisible por herencia. El acusador comete el delito en el momento en que presenta la acusación con su firma. Es un delito de preponderante actividad, pues se consuma en el momento de la presentación de la acusación ante el órgano judicial. No admite tentativa. Consecuentemente, cuando el órgano judicial declara "maliciosa" una acusación, de esta malicia debe responder el autor de la misma, pero no el descendiente que, al morir el causante, continuó la acusación ya propuesta por su antecesor. La malicia no puede heredarse. Si la acusación fue originalmente maliciosa, no responde el heredero que la prosiguió. El que continuó la acusación maliciosa puede ser temerario que no es una conducta delictuosa ya que sólo provoca efectos civiles de indemnización. Sin embargo, el arto 54, CPP, establece la responsabilidad de los herederos que continuaron la acusación del antecesor fallecido, si es que aquellos conocían o descubrieron la malicia del acusador original. El conocer que una persona va a cometer o ha cometido un delito, o descubrir que esa persona lo cometió, no constituye malicia. Precisamente, esos actos de conocimiento y descubrimiento conforman la situación jurídica de temeridad, pues a sabiendas que el contenido de la acusación era falso, la continuaron. Los herederos pueden ser temerarios si, enterados de la malicia del causante, persisten en la acusación, pero, jamás pueden ser autores de la malicia porque ellos no ejecutaron el acto ni directa, ni indirectamente: no existe el dolo subseguens.

El artº 54, CPP, se encuentra en oposición con el mandato contenido en el No. 1 del artº 24, CPR, por el cual "nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal... Y en parte alguna del ordenamiento jurídico nacional se encuentra una disposición penal que prescriba que los herederos de quienes cometieron un delito, cuando suceden a éstos en sus derechos, responden por el delito cometido por el causante. Además, el artº 24, No. 4, ib., para final, expresa que nadie "podrá ser obligado ... a dejar de hacer algo no prohibido por la ley". Y lo que la ley penal sanciona es la acusación maliciosa cometida por el que la suscribió, pero no pena el hecho de continuar esa acusación, aunque se hubiera conocido de su malicia o la hubiera descubierto con posterioridad, ya que ninguna de esas situaciones constituyen autoría, participación o encubrimiento.

6. El art. 57, No. 1, CPP, establece que la acusación particular sólo podrá presentarse una vez que el Fiscal hubiere emitido su dictamen, al finalizar la etapa de instrucción. Este mandato es manifiestamente inconstitucional, pues es contrario a las garantías constitucionales comprendidas en los Nos. 10 Y 17, CPR, pues si la "instrucción" es una etapa del proceso, se le priva al ofendido el derecho de defender sus intereses desde el primer momento y en cualquier estado o grado del procedimiento, esto es, se lo deja en indefensión, lo cual no admite nuestro Estado.

7. El medio de prueba es la forma como los interesados pueden fundamentar sus pretensiones, sean como acusadores, sean como acusados. De acuerdo con ello, y por mandato de los Nos. 10 Y 17 de la Constitución que garantiza la defensa y la protección de los necesitados del amparo judicial, respectivamente, cualquier persona tiene el derecho de presentar o de solicitar la práctica de los medios de prueba que crea necesarios para proteger sus intereses, en cualquier estado del procedimiento. Contrario a estos mandatos constitucionales son los enunciados de los dos incisos que comprende el art. 79, CPP impugnado. En efecto, en el primer inciso se limita a la "producción" de la prueba a la etapa del juicio; y en el segundo, se establece que lo que hubiere, actuado el Fiscal sólo será prueba una vez que se hubiere presentado en el juicio.

Lo dispuesto por la ley de procedimiento impugnada atenta contra el derecho de defensa, pues permite que el Fiscal practique toda clase de

actos a espaldas de los interesados, sin oposición e intervención de los mismos. Se violenta el principio de contradicción de la prueba que exige de manera expresa el art. 194, CPR. El imputado, en el caso del arto 79 citado, carece de derecho para oponerse a la práctica de un acto ordenado por el Fiscal porque no se trata de prueba, la cual sólo adquirirá el rango de tal cuando llegué al plenario o juicio. Se encuentra en indefensión absoluta. Y se puede llegar al extremo que si se aplica el "procedimiento abreviado" se condene al justiciable a base de aquellos actos que, no siendo pruebas legalmente consideradas, sirvan al juez para dictar la sentencia en el procedimiento indicado. No se necesita mayor explicación para evidenciar la inconstitucionalidad alegada.

8. De la misma inconstitucionalidad adolece el arto 83, CPP impugnado, pues expresa que sólo tiene valor de prueba la que ha sido "pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio". La que ha sido introducida en las etapas anteriores carece de calidad de prueba y, por ende, no exige que surja al proceso previo conocimiento de los sujetos procesales, 10 cual afecta al derecho de defensa y al principio de contradicción de la prueba previstos en los citados arts. 14 No. 10 Y 194, CPR.

9. Los arts. 93 y 95, CPP impugnado, no sólo es que estable que el Fiscal puede practicar el reconocimiento pericial, sino que este acto de prueba (prueba material) 10 puede practicar también la Policía Judicial, lo cual deja en manos de otros extraños, además del Fiscal, la práctica de los medios de prueba, con lo que se desprecia el mandato constitucional que expresa que la potestad judicial es privativa y excluyente de la Función Judicial (art. 191, CPR). Además, la prueba practicada en contra de las disposiciones constitucionales carecen de valor jurídico, como lo dispone el No. 14 del art. 24, CPR.

10. Lo dicho en relación con la inconstitucionalidad de la actuación del Fiscal en la práctica de la prueba material es válido en relación con las pruebas testimonial y documental (arts. 151, 152 Y 156, CPP impugnado) por lo que también deben ser declarados inconstitucionales todos aquellos artículos que conceden al Fiscal la facultad de practicar actos procesales que corresponden de manera privativa y excluyente a los órganos judiciales.

11. El art. 194, CPR. exige que en "la sustanciación de los procesos" se siga el sistema oral de acuerdo con los principios que rigen dicho sis-

tema. El CPP impugnado ha reemplazado al Juez que iniciaba y sustanciaba el sumario de manera escrita, por el Fiscal quien, no siendo parte del órgano judicial, sustancia la primera etapa del proceso -la de instrucción, antes llamada sumario- también de manera escrita, como expresamente lo dicen los arts. 116, 119, 151 Y más de la ley procesal impugnada. El hecho de que la primera etapa del proceso la sustancie, inconstitucionalmente, el Fiscal en lugar del Juez no le concede a dicha etapa la calidad de oral, pues la oralidad no está en relación directa con la persona que sustancia el proceso, sino con el sistema que adopta la ley para sustanciarlo. El hecho de que el reconocimiento pericial, por ejemplo, lo practique el Fiscal en la misma forma como lo practicaba, antes el Juez, no transforma el sistema escrito en oral, sino que sigue siendo escrito al practicarlo el Fiscal, como escrito era cuando lo practicaba el Juez.

12. Repugna al sistema acusatorio que se quiera extraer del propio acusado la prueba de su culpabilidad, lo que es norma establecida en el sistema inquisitivo. Por la predicha repugnancia es que las legislaciones procesales modernas establecen el derecho del imputado o acusado a guardar silencio durante la sustanciación del proceso, cualquiera que sea la etapa en que éste se encuentre. Sin embargo, en el arto 143 de la ley impugnada se omite el derecho del acusado de permanecer en silencio que se encuentra instituido en el No. 4 del arto 24, CPR, y de manera expresa lo establece el arto 24, No. 9, parte final, ¡b., en donde se garantiza el derecho que tiene toda persona a no ser compelida a declarar contra sí misma "en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal". Esta garantía constitucional se soslaya tanto en el arto 143 antes citado, como en el arto 295 del CPP impugnado, cuando, en ambas disposiciones procesales se ha omitido la obligación que tiene el juez de hacer conocer al imputado o causado, según sea el caso, el derecho a permanecer en silencio, sin que el ejercicio de tal derecho pueda ser considerado como indicio de culpabilidad. En contra de lo anterior, siguiendo el sistema inquisitivo, exigen ambos mandatos procesales, la recepción del testimonio del imputado o del acusado, en su caso. El derecho del sujeto pasivo del proceso de hablar o de callar, forma parte del derecho de defensa, garantizado también por la CPR. .

13. La CPR no admite el confinamiento de los habitantes del país por ninguna causa. El arto 23, No. 14, CPR, garantiza la libertad de tránsito y el derecho de escoger la residencia, sin excepción alguna. Ninguna autoridad puede imponer la obligación a un habitante del país

para que resida en un lugar determinado, o no pueda salir de dicho lugar. El art. 171, No. 3, CPP impugnado, prevé, como "medida alternativa" de la prisión preventiva, "la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal", lo cual constituye un confinamiento inconstitucional que no por el hecho de favorecer aparentemente al imputado, deja de ser inconstitucional.

14. La CPR, en el art. 23, No. 12, garantiza la inviolabilidad del domicilio. Siendo el acto de allamar un domicilio una excepción a la garantía antes mencionada, dicho acto debe ser presidido por el titular del órgano judicial, esto es, por el Juez que dictó el auto de allanamiento y no por el Fiscal -sujeto pasivo del proceso y manifiestamente parcializado- como lo disponen los arts. 198, 199 Y 200, CPP impugnado, los cuales conceden al Fiscal poderes de tal naturaleza como la de ordenar "el quebrantamiento de puertas y cerraduras", poderes que estaban concedidos expresamente a los subalternos del juez en el sistema inquisitivo, pero que, a raíz de la Revolución Francesa, fueron recercados al Juez para que los administre bajo su responsabilidad.

15. Es inconstitucional el inciso final del art. 215, CPP, pues exige "reserva", bajo amenazas de sanciones, sobre "las actuaciones del Ministerio Público y de la Policía Judicial para el esclarecimiento del delito". Esta disposición legal se encuentra en oposición con el mandato contenido en el No. 12 del arto 24, CPR, el cual dispone que "toda persona tendrá el derecho de ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra". Si las actuaciones del Fiscal y de la Policía Judicial están dirigidas contra una personas, ésta tiene derecho a ser informada de dichas acciones desde el momento en que se inician y no cuando ya han obtenido o creado, en desmedro de derechos fundamentales, medios de prueba que han surgido sin contradicción alguna por parte de quien tiene derecho a oponerse a contradecir desde el principio cualquier imputación que se le haga.

Lo destacable de la "reserva" contenida en la disposición legal citada es que repite uno de los principios básicos del sistema inquisitivo, cual es la reserva de la indagación, en donde el interesado se encuentra en absoluta indefensión. Sin conocimiento del interesado aparecen testimonios, verdaderos o falsos, u obtenidos bajo amenazas; se obtienen o se implantan evidencias; y cuando se inicia la instrucción todo está elaborado de antemano. Y cuando la CPR exige que cualquier persona debe ser informada de las acciones que se siguen en su contra, está rechazando

el secreto, 10 está prohibiendo, por ser un sistema que afecta el derecho de defensa que tiene toda persona, desde el momento en que se la involucra en una investigación o en un proceso. Así 10 dice el No. 10 del arto 24, CPR, cuando expresa que "nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento", esto es, que sea el procedimiento pre-procesal, o procesal, el habitante del país tiene derecho a la información sobre las acciones que se están siguiendo en su contra. Si no fuera así, el proclamado derecho de defensa sería un instrumento inútil en la práctica, pues bastaría que un Fiscal se dedique durante uno o dos años (art. 215, inciso tercero, CPP) a crear u obtener pruebas en contra de una persona para que, después de ese tiempo, cuando ya todo está consumado, se inicie la instrucción, en cuyo desarrollo el imputado no podrá valerse de los medios de prueba que podrían haber sido fundamentales para su defensa, sea porque los testigos han muerto, o han cambiado su residencia, o porque las supuestas huellas del delito han desaparecido, o las han hecho desaparecer. La indefensión resulta absoluta y la Justicia queda quebrantada. En definitiva, recoger en secreto, durante uno o dos años, supuestas "piezas de convicción" es contrario a los mandatos contenidos en los Nos. 10 Y 12 del art. 24, CPR, regresando a los tiempos medievales, en donde el secreto era el arma principal de los jueces de entonces y de muchos de países ajenos a nuestra herencia jurídica romanista.

16. El No. 2 del art. 216 de la ley impugnada es íntegramente inconstitucional pues, le concede al Fiscal las atribuciones que privativamente están reservadas a los órganos judiciales, de acuerdo con el art. 191, CPR, como son los actos de reconocimiento de lugares, instrumentos, etc, que según 10 afirma el penúltimo inciso del citado art. 216, son "actos procesales" practicados por un funcionario ajeno a la Función Judicial.

17. Los arts. 217, 218, 219, 221, 222 Y 224, CPP, son inconstitucionales por cuanto se entrega la práctica de actos procesales a un miembro extraño a la Función Judicial, como es el miembro de uno de los órganos de control del Estado, en este caso el Fiscal, que no integra la Función Judicial.

En el art. 224 es necesario observar que el Fiscal es el que declara concluida la etapa de instrucción o sumarial, es decir, que actúa como Juez, no siendo Juez, tomando decisiones fundamentales, como son las de

iniciar el proceso penal y dar por concluida la etapa sumarial o de instrucción, lo cual no sólo violenta el art. 191, CPR, al arrogar sus funciones privativas de la Función Judicial, sino que violenta el art. 219, ib, el que señala de manera taxativa las funciones del Ministerio Público, al que pertenece el Fiscal, que son las de prevenir en el conocimiento de las causas dirigiendo y promoviendo "la investigación preprocesal y procesal penal", para, como resultado de tales investigaciones, acuse a los "presuntos culpables ante los jueces y tribunales competentes". De lo que resulta que la labor del Fiscal es anterior a la iniciación del proceso penal para investigar los delitos, y posterior a la iniciación judicial del proceso penal para exhibir la pretensión punitiva contra los sindicados y procesados. Pero en ningún caso la CPR ha conferido al Fiscal la tarea judicial de iniciar el proceso penal y de sustanciar la primera etapa del mismo. Es necesario llamar la atención al hecho de que el límite infranqueable de la labor de la fiscalía se encuentra en la independencia externa judicial, esto es, en la prohibición de intervenir en el ejercicio de la potestad judicial a Funciones estatales o entidades de control ajeno a la Función Judicial. Tanto no le ha conferido la CPR la potestad judicial a los fiscales que por ello los arts. 191 y 199, ib., al proclamar la independencia, externa e interna, judicial, excluyen la posibilidad de que otro órgano que no fuere el judicial intervenga en dicha potestad, o que algún órgano extraño violenta la independencia de un órgano judicial, interfiriendo en la toma de decisiones de los respectivos jueces. Tan estricta es esta independencia que ni el Tribunal Constitucional puede interferir en la función judicial, como lo dice de manera expresa el art. 276, inciso final, CPR.

18. Siendo el proceso penal una institución que se desarrolla de acuerdo a la ley de procedimiento preexistente, a través de etapas, teniendo como objeto una infracción y por finalidad la imposición de la pena, es evidente que cada una de esas etapas, como antes quedó explicado, tiene sus singulares finalidades, cumplidas las cuales permite la iniciación de la siguiente que, a su vez, tiene sus finalidades cuyo cumplimiento permite la continuación del proceso hasta su finalización. Así, la etapa del sumario o de instrucción, tiene por finalidad establecer la existencia jurídica del delito. Es la etapa en donde se hace el juicio de desvalor sobre el acto. En esta etapa se introducen todos los elementos objetivos y subjetivos previstos en el tipo penal que surgieron con el acto que es objeto del sumario. Si ese acto se adecua al tipo penal, entonces, en la etapa intermedia, se declara la

existencia jurídica del delito. Si no se adecua, no procede la continuación del proceso, el cual se resuelve de manera anormal e imperfecta a través del auto de sobreseimiento. La investigación de la culpabilidad, o sea el juicio de desvalor sobre el autor, sólo es posible, jurídicamente, cuando ya se ha declarado judicialmente la existencia del delito. No se puede alterar caprichosamente el orden lógico-procesal, pues así como no se puede buscar culpables donde no hay infracción, así mismo no se puede llamar a juicio de culpabilidad a una persona acusándola de un acto que, aunque esté tipificado como delito, aún no se ha establecido si es o no, jurídicamente, un delito.

El arto 232, CPP, al referirse al auto de llamamiento a juicio dice que éste será procedente si es que de lo que resulte de la instrucción fiscal se "desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito". La presunción judicial, como se sabe, es una inferencia lógica que se extrae de los indicios que constan en el proceso. La presunción no es certeza; lo más que puede ser es probabilidad. Pero a nadie se le puede llamar a juicio de culpabilidad porque presuntamente cometió un acto que probablemente puede ser delito. Cuando se llama a una persona a juicio de culpabilidad es porque el Juez, en el auto de apertura del plenario, declara con certeza de la existencia jurídica del delito que se encuentra en relación causal con el posible autor del mismo, que es el procesado. Para ser "juzado" es necesario que, previamente, se haya declarado tanto la existencia del delito como la relación causal entre el delito y el procesado. Así lo dice el arto 24, No. 1, CPR, cuando dispone que nadie podrá ser "juzado" por un acto que no se encuentra previamente tipificado como infracción. Por ende, antes del juicio de culpabilidad es necesario que surja la declaración judicial de la existencia jurídica de la infracción. El Estado debe declarar con certeza que el acusado se lo presume autor o partícipe de un acto que ha sido previamente previsto como delito en la ley penal. No se puede "juzar" a una persona porque ha ejecutado un acto que, presuntamente, puede ser un delito tipificado en la ley penal. Por lo expuesto surge la inconstitucionalidad del arto 232 de la ley impugnada, cuando ésta dispone que se puede llamar a juicio a una persona con la sola presunción de la existencia del delito, cuando lo que debe declararse en el auto de apertura del juicio es la certeza de dicha existencia.

19. Como consecuencia de la anterior inconstitucionalidad surge el arto 250, CPP impugnado, el cual expresa que la finalidad de la etapa del juicio o plenaria es la de practicar "los actos procesales necesarios

para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción ... ". Si esto es así, se pregunta: ¿cual es la finalidad de la etapa de instrucción o sumarial? Si en una sola etapa se va a desarrollar el juicio de desvalor sobre el autor, carece de significación procesal la etapa del sumario. Si todo lo actuado por el Fiscal en la instrucción carece de valor jurídico si no se lo repite en la etapa del juicio ¿por que no se elimina esta primera etapa y se entra directamente a la del juicio, como se hace en el sistema anglo-sajón, al cual han plagiado los autores del malhadado CPP impugnado? En síntesis, se lleva a juicio a una persona antes de haberse establecido con certeza si la conducta por ella ejecutada ha sido o no constitutiva de delito, lo cual contraviene, como antes se dijo, el No. 1 del arto 24, CPR, el cual prohíbe el juzgamiento de una persona que no hubiere cometido un delito declarado judicialmente.

20. Reflejo de la inconstitucionalidad observada al comentarse los arts. 390 inciso segundo, 231 y 244, CPP, en los cuales se violenta la independencia interna judicial del órgano judicial (arto 199, CPR) al imponérsele al juez la obligación de acatar el criterio del Fiscal cuando éste opine sobre el archivo de la denuncia, o sobre la procedencia del sobreseimiento, el arto 251 exige como presupuesto de procedibilidad de la etapa del juicio la existencia de la acusación fiscal, sin la cual, aunque el Juez considere jurídicamente procedente el dictar el auto de apertura del juicio, no lo puede hacer, violándose la predicha independencia interna, garantizada en el arto 199, CPR.

21. El derecho de defensa incluye la facultad que se concede a toda persona para escoger los medios legítimos para oponerse a las acciones enderezadas en su contra dentro de cualquier proceso. Pero también está implícito dentro del derecho de defensa la facultad de elegir el defensor técnico, esto es, el Abogado que haga efectiva la defensa jurídica de la persona a la que representa profesional mente. Ningún juez o tribunal puede imponer a un acusado un improvisado defensor. La elección del mismo es derecho privativo de quien necesite el defensor. El inciso tercero del arto 253, CPP, dispone que si "el defensor no comparece al segundo llamado, el Presidente del Tribunal designará un defensor de oficio para que asuma la defensa, con el carácter de obligatorio para el acusado". Se debe observar que no se sanciona al abogado defensor rebelde, esto es, al que omite su comparencia a la audiencia a cumplir con su deber profesional, sino que se sanciona al acusado al imponérsele un defensor público, en quien no confía, a quien no conoce y que, además, no puede hacer una defensa eficiente porque no ha intervenido en el proceso

en el cual debe actuar como defensor improvisado. Deja, pues, la citada disposición legal en verdadera indefensión al acusado, lo cual es contrario al mandato contenido en el citado No. 10 del art. 24, CPR.

22. También el derecho a hablar y a callar es parte integrante del derecho de defensa y nadie puede ser obligado a declarar en cuestiones que pueden significarla incriminación penal. El art. 295, CPP impugnado, como dije antes, establece que el acusado debe rendir su testimonio ante el Tribunal Penal, sin reconocerle el derecho a permanecer en silencio. En No. 9 del art. 24, CPR, en forma precisa establece el derecho que tiene toda persona a no ser compelido a declarar contra sí misma, en asuntos que puedan provocarle responsabilidad penal. Y así como en el art. 218 de la ley impugnada se dispone de manera expresa que el imputado puede abstenerse de declarar, así también debe respetarse tal mandato en el art. 295, ib., por cuanto ese derecho es parte integrante del derecho de defensa (art. 24, No. 10, CPR). Es en el sistema inquisitivo en donde el juez pretende extraer la prueba de culpabilidad del propio acusado, lo cual repugna al sistema acusatorio, al que dicen los inspiradores del CPP impugnado, se han ajustado.

23. La parte final del No. 13 del art. 2, CPR impugnado, establece que "al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente" (prohibición de reformatio in pejus). El art. 328, CPP impugnado, limita la esfera de acción del principio de la prohibición de fallar en perjuicio del impugnante. En efecto, el mandato constitucional no pone condición alguna a la prohibición. Se limita a decir que ningún Tribunal podrá empeorar la situación del impugnante cuando se trata de que lo impugnado es la sanción. No pone como condición para que se haga efectiva la prohibición de que sólo el acusado haya ido el impugnante, por lo cual es inconstitucional que la ley en el art. 328 citado agregue a la prohibición una condición que no la ha impuesto la CPR, pues dicha condición legal milita en contra del pleno mandato constitucional, el cual debe surtir efectos sin limitación alguna. La Constitución sólo expresa que al resolver la impugnación, cualquiera fuera el origen de ella, no se podrá empeorar la situación del recurrente, aunque éste no fuera el único recurrente. Procede, pues, la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 328, CPP impugnado.

24. En el Registro Oficial No. 334 del 8 de junio de 1998 se encuentra publicada la Resolución del Tribunal Constitucional por la cual procede

a "declarar inconstitucionales y consecuentemente inaplicables con carácter general y obligatorio, las frases de los arts. 359 y 342 del Código de Procedimiento Penal, que dicen: de la apelación no habrá recurso alguno, y, de esta sentencia no habrá más recurso que el de apelación ... , respectivamente". Sin embargo, el CPP impugnado ha repetido, en el arto 347, la primera frase que fuera declarada inconstitucional por el Tribunal' Constitucional, por lo que huelga exponer cualquier otro argumento para fundamentar la inconstitucionalidad del citado artículo.

25. En el arto 370, inciso tercero, CPP impugnado, que se encuentra incurso en el Capítulo que trata sobre el llamado "procedimiento abreviado", cuya impugnación total hice en páginas anteriores (supra, No. 3), violenta la independencia interna judicial al obligar al Juez o no imponer una pena mayor que la pedida por el Fiscal, quien se convierte así en director impositivo del órgano judicial, lo cual repugna a lo que debe entenderse por "debido proceso".

26. El arto 372, CPP impugnado, en su inciso segundo, faculta al Juez a "designar un amigable componedor" para que sea el que celebre la audiencia de conciliación. Demás está decir que la potestad judicial es indelegable a órganos o personas extrañas, aunque se trate de procesos cuyo ejercicio de acción sea privado. La práctica de los actos procesales pueden ser comisionados o deprecados para ante otro órgano de la Función Judicial, pero no se lo puede delegar a una persona extraña a dicha Función. Se opone este artículo al mandato contenido en el arto 191, CPR.

26. Lo que he dicho anteriormente sobre la actuación que los Fiscales, lo repito con relación a los Ministros Fiscales en los casos de los arts. 376 y 384, CPP impugnado, a fin de que se declaren estos artículos también inconstitucionales.

28. El arto 207, CPR, establece la gratuidad de la administración de Justicia en los casos penales, por lo que el mandato contenido en el arto 410 del CPP impugnado es inconstitucional al disponer que "las partes deben pagar las costas judiciales", a las cuales define como "una parte del gasto que realice el Estado en la tramitación de los procesos", que es, precisamente de lo que el Estado libera a los sujetos procesales de los procesos penales.

Por los fundamentos jurídicos antes expuestos, por ser procedente, demando que el H. Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de fondo y de forma de la ley ordinaria que contiene el Código de Procedimiento Penal, publicada en el Registro Oficial No. 360 del 13 de enero del 2000.

Adjunto el informe de procedibilidad emitido por el señor Defensor del Pueblo.

La presente demanda de inconstitucionalidad está dirigida contra el H. Congreso Nacional, por intermedio del señor Presidente, Ing. Juan José Pons; el Señor Presidente Constitucional de la República, Dr. Gustavo Noboa Bejarano, como co-legislador; y el Señor Procurador General del Estado, Dr. Ramón Jiménez Carbo, a quienes se citará en el Palacio Legislativo, el Palacio de Gobierno y en la Procuraduría General, respectivamente.

Dígnese dar a la presente demanda de inconstitucionalidad el trámite constitucional legal.

Que se me notifique en el futuro en la Casilla Judicial No. 28, en esta ciudad.

Señor Presidente:

Justicia, etc.