

# **Derecho Procesal Penal**

## AL MAESTRO CON CARIÑO

### Sobre la Inconstitucionalidad del nuevo Código de Procedimiento Penal

Dr. Néstor Arboleda Terán"

"Al maestro con cariño", filme clásico de los sesenta, con el actor negro Sydney Poitier, contaba la historia del profesor de un colegio que se ganaba el aprecio de sus alumnos con su entrega, comprensión, dedicación y solidaridad humana, más allá de las horas de clase.

Evocando ese film, me permito referirme, con admiración, al Maestro, con mayúsculas, Dr. Jorge Zavala Baquerizo, que, más allá de defensa o patrocinio particular, por su propia convicción sobre los principios penales, planteó en el año 2000, ante el Tribunal Constitucional, una demanda para que se declare inconstitucional, por la forma y el fondo, el nuevo Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial No. 360 de 13 de enero del 2000. Su extraordinario alegato se publicó en el número 14 del 2001 de la Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (Págs. 25-52) .

El Tribunal Constitucional, mediante resolución No. 088-2001-TP, publicada en el Registro Oficial No. 351 de 20 de junio del 2001, rechazó la demanda, tomando en parte los argumentos de los demandados, esto es, el Presidente de la República, el Procurador General del Estado y el Presidente del Congreso Nacional.

Sin embargo, el Tribunal aceptó declarar la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 410 del Código de Procedimiento Penal, que establecía tasas judiciales en el campo penal, por contradecir lo preceptuado en el artículo 207 de la Constitución Política de la República sobre la gratuidad de la justicia, en esta materia.

Planteada la demanda, en mi condición de abogado de la Procuraduría General del Estado, recibí el encargo de contestarla con un alegato que he creído pertinente presentar en este artículo, con el respeto que merece el maestro y las modificaciones que reclama el género.

## LA DEMANDA

En resumen, la demanda del Dr. Zavala impugnaba el CPP por el fondo y la forma y acusaba de inconstitucionalidad a 45 artículos.

Sostenía, entre otras cosas, que:

1. El nuevo CPP afecta los principios del debido proceso;
2. Los fiscales son órganos extraños a la función judicial y, por tanto, carecen de potestad judicial y de competencia;
3. Por su participación en la etapa de instrucción, los fiscales no son imparciales;
4. Algunos artículos violentan la independencia interna de la función judicial;
5. Otros artículos, que establecen un procedimiento abreviado, privan del derecho de defensa a los acusados;

## LA CONTESTACIÓN

La Constitución Política de la República (en adelante CPR) que entró a regir el 8 de agosto de 1998 creó numerosas instituciones jurídicas, precisó otras y cambió radicalmente unas terceras.

Entre las instituciones que definió, con un cambio profundo, consta el Ministerio Público al que otorgó nuevas facultades y competencias, que son las que impugnó el Dr. Zavala Baquerizo.

No se puede privar al eminente maestro Dr. Zavala Baquerizo de sus opiniones divergentes, pero tampoco se puede caer en el temor reverente frente a su sapienda y admitir sus criterios como axioma.

Para fundamentar lo dicho, leamos lo prescrito por la CPR acerca del Ministerio Público:

### Art. 219.- El Ministerio Público

1. Preverdrá en el conocimiento de las causas;
2. dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal;
3. de hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, e

4. impulsará acusación en la sustanciación del juicio penal;
5. velará por la protección de las víctimas, testigos y otros participantes en el juicio penal;
6. coordinará y dirigirá la lucha contra la corrupción, con la colaboración de todas las entidades que, dentro de sus competencias, tengan igual deber;
7. Coadyuvará en el patrocinio público para mantener el imperio de la Constitución y de la ley  
(La distribución de numerales no consta en el original)

La vigésima novena disposición transitoria dispuso que "El Congreso Nacional reformará las leyes pertinentes, en el plazo de un año, para que el Ministerio Público cumpla las funciones establecidas en esta Constitución". Previamente, la vigésima séptima ordenó que "la implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema". En acatamiento a estas normas, el Congreso Nacional estudió y aprobó el nuevo Código de Procedimiento Penal y lo remitió al Ejecutivo para sanción y promulgación, lo que ocurrió el 13 de enero del 2000.

A partir del texto constitucional se puede ver las nuevas facultades del Ministerio Público, algunas de las cuales estaban asignadas en el pasado a los jueces, pero, por provenir de la CPR introducen un cambio radical en el ordenamiento jurídico. De este criterio se podría deducir, inclusive, que el Dr. Zavala Baquerizo, en última instancia demandaba la inconstitucionalidad de la propia CPR.

## PRECISIONES

La demanda se refería al sentido estricto de los conceptos de jurisdicción, esto es la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado; y, de competencia, la medida en que se distribuye la jurisdicción; pero no tomaba en cuenta el sentido lato de la palabra competencia, que tiene que ver con el conjunto de atribuciones y facultades que tienen los órganos de poder público o las capacidades, funciones y cargos de cualquier persona. Sobre esa base pretendía negar competencia y atribuciones a los fiscales.

El sentido obvio de la palabra competencia debe ser apreciado en el contexto del arto 218 de la CPR que señala algunas de las facultades y funciones del Ministerio Público.

En distintas leyes y, entre ellas, en el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal se ha reconocido y reconoce la competencia (o capacidad) de los diversos fiscales para, por ejemplo, emitir dictámenes, en razón del grado, fuero, instancia o territorio. Así, el CPP anterior, en un art. 21 asignaba al Ministerio Público la obligación irrenunciable de "excitar a los respectivos jueces para que inicien los procesos penales por la comisión de delitos".

En la primera etapa del proceso penal anterior, el sumario, el agente fiscal tenía entre sus "competencias" o atribuciones, la de acusar o abstenerse de acusar y, en este último caso, el presidente del Tribunal Penal debía nombrar otro fiscal para la sustanciación del proceso.

Dentro de la etapa de impugnación, según el arto 367 del CPP, "si el recurso lo hubiera interpuesto el agente fiscal, la Corte oirá, en primer lugar al Ministro Fiscal." y si este desiste del recurso, "y siempre que el mismo no hubiera sido interpuesto por ninguna de las otras partes, la Corte ordenará que se devuelva el proceso para que se ejecute la providencia recurrida".

Como se lee, los fiscales siempre tuvieron competencias, obligaciones, responsabilidades, atribuciones y facultades, bajo ciertas condiciones. Luego, es perfectamente factible que un proceso penal se pueda desplazar de un fiscal a otro por motivos de competencia. Por tanto, no existe inconstitucionalidad alguna.

En cuanto a los vicios que encuentra el Dr. Zavala en los artículos 26 y 27 del nuevo CPP, se puede anotar que la propia CPR determina que los fiscales se encarguen de la etapa de instrucción. Por tanto, no existe inconstitucionalidad alguna.

#### EL DEBATE DE FONDO

En general, todas las observaciones del Dr. Zavala Baquerizo sometían a debate dos sistemas del procesamiento penal: el inquisitivo y el acusatorio. El Dr. Zavala Baquerizo, que estimaba que el CPP ante-

rior recogía normas de uno y otro y, por tanto, era "mixto"<sup>1</sup>, se oponía al cambio porque consideraba que el acusatorio - contenido en el nuevo- es responsable de "los males que significa dejar en manos de la fiscalía y de la policía judicial, instrucción del proceso penal" y que "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".<sup>2</sup>

¿Este prejuicio era nuevo en el maestro Zavala? Lamentablemente no. Ya en 1989, en referencia al CPP (art. 49) de 1983: "Este exceso de poder de la policía, este exceso de 'autoridad' concedido expresa o tácitamente a la policía es lo que ha menoscabado los derechos humanos en el país, comenzando por el sacrificio del derecho a la vida, a la integridad física, a través de asesinatos policiales montados por los miembros de la policía, o las torturas tendentes a provocar confesiones de culpabilidad de los torturados".<sup>3</sup>

En su famoso estudio en cinco tomos, *El Proceso Penal*, el maestro Zavala Baquerizo también sostuvo que "con su ingenuidad sorprendente los legisladores de 1983 aceptaron que la P.J. (policía judicial) reciba denuncias, con independencias de la función jurisdiccional, pero hicieron la concesión que dicha P.J.: comunicara al 'juez de instrucción' correspondiente, dos días después de haberla recibido, así como al fiscal y, luego de ello, antes que reciba instrucción del 'juez de instrucción' proceda a practicar las investigaciones que los agentes empíricos creen conveniente, a su leal saber y entender y de acuerdo a los intereses que, por ese asunto, se pongan en juego",

En el 2000 (la demanda fue presentada en ese año) casi con iguales palabras, el Dr. Zavala Baquerizo decía en la página 12 de su demanda 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 jui-

<sup>1</sup> ZA V ALA Baquerizo, Jorge. *El Proceso Penal*. Editorial Edino, 1989, primer tomo, Pág. 110.  
<sup>2</sup> Pág. 11 de la demanda. <sup>3</sup>  
<sup>3</sup> Ob. el. Pág. 514.

cio, por lo que tiene interés que a esta última etapa se manifieste todo de acuerdo a los intereses de la fiscalía (el subrayado y resaltado no constan en el original).

Con esta afirmación pretendía ignorar que la CPR otorgó al fiscal un nuevo papel en la instrucción de la causas penales y, por consecuencia, resultaba improcedente, atacar la inconstitucionalidad de la Constitución.

El debate es viejo, Los penalistas no se han puesto de acuerdo en una sola posición. Como se ha leído, el propio maestro Zavala Baquerizo, no obstante considerar el CPP de 1983 como un avance, tampoco estaba de acuerdo con muchas de las normas del sistema mixto, pero, ahora encontraba inconstitucionalidades en donde existían claros mandatos constitucionales.

Con estas consideraciones de derecho, el alegato solicitaba que se desechase la demanda propuesta del Dr. Jorge Zavala Baquerizo.

#### LA RESOLUCIÓN DEL TC

La resolución del Tribunal Constitucional consideró que "es importante tener presente que cualquier ejercicio analítico y o crítico en tomo a determinados aspectos del nuevo. proceso penal no puede hacerse sobre la base de las categorías del sistema inquisitivo que ha regido en el país".

Consideró también que "los artículos 192, 194 Y 199, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, determinaron los principios por los que han de regirse, en general, los sistemas procesales (incluido el penal), la sustanciación de los procesos, así como que se precautela la independencia y por tanto imparcialidad de los jueces y magistrados, en orden a que, cualquiera que sea la postura doctrinal que se adopte, se garanticen los aspectos esenciales: 1, la igualdad de contradicción de lar, pruebas, y 2, el juzgamiento por un órgano imparcial".

Reconoció que "hay dos clases principales del enjuiciamiento penal: el sistema acusatorio y el sistema inquisitorio. La nota distintiva más sobresaliente ente ambos es que en el acusatorio, a fin de garantizar la imparcialidad y la objetividad del enjuiciamiento, se da una separación de funciones entre los diversos sujetos del proceso penal: el Minis-

terio Público, el inculpado y el juzgador. La acusación se encomienda al Ministerio Público que es un órgano del Estado. En cambio, en el sistema inquisitorio se presenta una fusión de funciones y de órganos. Así, el juzgador se convierte en juez y parte, ya que se transforma en acusador. Debe mencionarse que históricamente, ninguno de estos sistemas se ha dado en forma pura, sino que se han configurado sistemas mixtos en los que ha predominado uno u otro de los sistemas de enjuiciamiento".

Indicó que 'la Asamblea Nacional Constituyente de 1998 ... sentó las bases constitucionales para la introducción en el procedimiento penal ecuatoriano, del sistema acusatorio en lugar del inquisitivo ... Esta fue una de las varias y trascendentales reformas que el poder constituyente ... introdujo en la Carta fundamental del Estado. Entre estas reformas están las contenidas en el artículo 219 de la actual Constitución Política de la República que responden a una nueva concepción del Ministerio Público, que lo fortalece notablemente ...•.

Subrayó que "el Ministerio Fiscal como la reforma constitucional constante en el artículo 219, tuvo una transformación fundamental, porque no solo le encomendó, como señala el acto, la investigación procesal y procesal sino que se le ha encargado el prevenir en el conocimiento de las causas. El término Prevenir significa (en lo atinente a la materia de análisis): "ordenar y ejecutar las primeras diligencias de un juicio. Instruir las primeras actuaciones para asegurar los bienes y las resueltas de una causa. Y bajo el término Prevención consta: "anticipación que en el conocimiento de una causa toma un juez con relación a otros competentes también", anticipación que por disposición de la norma constitucional, en el caso de los procesos penales, se está atribuyendo expresamente al Fiscal la facultad de actuar antes que el Juez en el proceso penal.

Entre otras cosas, la resolución hizo notar también que "tan clara es la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente para en materia procesal penal cambiar al sistema acusatorio oral, que por ello en la disposición transitoria vigésimo séptima de la Constitución Política de la República, determinó que: "La implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema".

Tras un análisis de los principios del debido proceso que consideró que no eran afectados por el nuevo CPP; y, una cita detallada de cada una de las impugnaciones del Dr. Zavala Baquerizo, el Tribunal resolvió desechar la demanda de inconstitucionalidad por el fondo de los artículos impugnados. Sin embargo, aceptó declarar la inconstitucionalidad por el fondo y suspender totalmente los efectos del arto 410, que imponía tasas judiciales para la administración de justicia penal.

La resolución comprendió los votos salvados de los doctores Hemán Rivadeneira Játiva, Marco Morales y René de la Torre Alcívar, sobre unos pocos artículos.

### EL NUEVO SISTEMA EN MARCHA

Pocos días más tarde de la resolución del TC, en julio del 2001, el Código de Procedimiento Penal entró en plena vigencia y hoy está sometido a la prueba de la práctica. Sus primeros resultados no son muy satisfactorios, -pero, habrá que esperar que, como el dicho, se haga camino al andar.

Quito, 13 de septiembre del 2001

El autor es abogado de la Procuraduría General del Estado, en comisión de servicios en el CONAM..