

HACIA UNA NUEVA POLITICA CRIMINAL: LIMITACIÓN **DEL PODER** PUNITIVO DEL ESTADO, Y EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL 1992

Por: Dr. Rodrigo Bucheli Mera
Director de la Escuela Judicial de Postgrado
de la Facultad de Jurisprudencia de la
Universidad Central del Ecuador.

PRELIMINAR, ASPECTO METODOLÓGICO: PRINCIPIOS QUE PERMITEN EL COMPRENDER LA ESTRUCTURA JURÍDICO-PENAL: SISTEMA PENAL. SUB SISTEMA PENAL

Inicialmete, es preciso el establecer el marco metodológico para el tema, porque de él depende el analizar, tanto a los sistemas jurídicos penales que rigen en la actualidad, como sus transformaciones.

Por lo general, la actitud tradicional, que es la vigente en la estructura jurídico-penal sustantiva y procesal se pone de manifiesto, en la simple y aislada forma de abordar temas, aspectos, asuntos o capítulos; lo que determina el que se realicen enfoques unilaterales que terminan por ser arbitrarios. Estamos acostumbrados a desarrollar temas por ejemplo el plagio, el narcotráfico, el homicidio, la corrupción; o también se abordan aspectos como la oralidad, la celeridad en el trámite procesal, la prueba, los recursos, etc. Mientras que la naturaleza de área de conocimiento que se relaciona con la conducta humana, determina que para la efectividad y objetividad, deba ser un contexto el que constituya motivo de análisis, para en función de ese entorno ubicar cualquier singularidad. Nunca la parte puede ser concebida a través de sí misma, sino que es la expresión de realidades integrales. La concepción jurídico-penal, en cualquier plano en que nos ubiquemos, está siempre alrededor de enfoques integrales; es lo que técnicamente se denomina "integración fun-

² Conferencia dictada el 27 VII 1995 en el ciclo intitulado "Una Nueva Normativa Penal Sustantiva y el Sistema Acusatorio en el Derecho Adjetivo". Dentro del proyecto patrocinado por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención de Delito y Tratamiento del Delincuente Seminario "Hacia la Justicia Penal del siglo XXI".

cional", tanto con respecto a la diversidad de disciplinas ubicadas en la misma área, como a orientaciones ideológicas, generalmente concebidas dentro de tendencias universales.

Cuando en los distintos aspectos del convivir social o político, abordamos los temas relacionados con la justicia, y particularmente con la justicia penal; o con la conducta humana, y particularmente el delito y el delincuente, lo hacemos sin llegar a una consideración global, lo hacemos dentro de enfoques aislados. Esto conlleva a que los asuntos no sean debidamente considerados. Una en la forma de concebir a los asuntos y problemas aisladamente, y otra diversa, el lograr una concepción integral. Se pretende así, siempre, solucionar crisis o problemas jurídicos.

LA POLÍTICA CRIMINAL, PRÁCTICA PROPICIA PARA DESENVOLVER UNA METODOLOGÍA QUE CONCIBA ANÁLISIS INTEGRALES Y NO PARCIALES.

Esto nos lleva a estimar una premisa: la actividad legislativa penal, o la aplicación de la ley penal al caso concreto, sustantiva y procesalmente, está dentro de la política criminal, que es una actividad, para cuyo ejercicio y realización, se tienen que desarrollar concepciones con sentido integral, y no parcial.

Sugerimos los siguientes principios fundamentales, con respecto a la política criminal:

- I. El significado de ideología es el de tendencia, de corriente del pensamiento, de actitud. El creer que se trata de la norma aislada a la que se la elabora y se la aplica, no tiene razón de ser. Fundamentalmente debe haber una orientación tal, que permita su aplicabilidad coherente, su significado real en función de todo un contexto. Cuando se trata de la conducta criminal, evidentemente que la norma jurídica no puede ser concebida en forma arbitraria, sino que debe tener un sentido que es esencial: el ideológico.

Al elaborarse la ley, cuando el juez tiene que aplicarla al caso concreto, si bien es cierto se trata de la disposición aisladamente considerada, sin embargo obedece a un contexto, a una línea, a una orientación, a una actitud; diríamos mejor a una concepción filosófica, la corriente de la tendencia jurídica. La situación no queda solo allí, sino que este contexto normativo debe ser la expresión del desenvolvimiento histórico de **una**

colectividad. Entonces a una Ley, no se la establece ni aplica porque sí, deliberadamente. De allí que, si bien es una política criminal la que explica la elaboración y aplicación de la norma, es una política legislativa la que permite la elaboración de la ley, y una política judicial la que permite su aplicación.

- II. En los últimos veinte años, aproximadamente, se observó que el derecho procesal penal está fuertemente influido por el derecho penal, que ambos tienen consecuencias vitales en el sistema penitenciario y que, por lo tanto, no eran segmentos de un único sistema.

El conjunto de instituciones, penales o procesales-penales, no pueden en modo alguno ser analizadas de un modo independiente, porque en su funcionamiento real, actúan de un modo estrechamente interrelacionado.

La aplicación del concepto de "sistema" plantea el principio de que cada uno de los ámbitos constituye un "subsistema" de un todo global llamado "sistema penal". Esto permite que el alcance de la norma jurídica no tenga un significado estático, por lo que, la idea de sistema, conlleva funcionamiento y objetivos reales. Existe una interrelación dinámica entre las partes de esa misma estructura.

La crisis de la justicia penal, no es aislada, no depende únicamente de quienes la realizan en el poder judicial; es además una estructura jurídica, es un "sistema" y son los correspondientes "subsistemas". Según la concepción tradicional, que en nuestro medio es la predominante, el derecho penal o el derecho procesal penal, por ejemplo, constituían ámbitos totalmente separados -o al menos, "separables"-, con limitados lazos de unión entre sí.

SIGNIFICADO DE LA POLÍTICA CRIMINAL, CON RELACIÓN AL SISTEMA ACUSATORIO, DENTRO DE UNA NUEVA Y DIFERENTE CONCEPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Delmás - Marty manifiesta que "la política criminal es el conjunto de métodos, por medio de los cuales el cuerpo social, organiza las respuestas al fenómeno criminal". Criterio actual, que permite el que la estructura legislativa en materia penal, sea la expresión de la política criminal de un Estado: constituya fundamento que permita una oportuna respuesta al fenómeno criminal.

El ubicarla dentro de tal nivel es lo que da lugar para que tal legislación sea al mismo tiempo la expresión de la realidad criminal en juego, en un momento determinado: el fenómeno delictivo, en una sociedad, no es el mismo, puesto que va adquiriendo caracteres diversos de conformidad con las circunstancias históricas que se ponen de manifiesto. Es la legislación penal la precisamente encargada de generar y ubicar al fenómeno criminal, puesto que es única y exclusivamente la ley penal la que señala a la conducta humana como delictiva, con lo cual, concomitantemente, responde la ley penal, a las características y proyecciones que tal fenómeno criminal adquiera en la sociedad.

En el derecho penal sustantivo se deben regular las teorías de la ley penal, del delito y de la pena; y, actualizar al fenómeno criminal al señalar las figuras delictivas que se van produciendo. Al mismo tiempo se precisa también la configuración de un sistema procesal, que a la vez que prevea un trámite ágil y eficiente, establezca los órganos de control social para la adecuada y oportuna investigación del delito y acertado juzgamiento.

Entonces nos encontramos con el significado que al momento tiene la política criminal, como una realización que, en función de las orientaciones de la ciencia penal, es en esencia una actividad en virtud de la cual el cuerpo social establece los métodos tendientes a establecer la respuesta al fenómeno criminal.

Ahora bien, en base a lo dicho: Pregunta: ¿cuál es la tendencia ideológica predominante dentro de la política criminal, para configurar al sistema penal hoy en día? Respuesta: el sustituir a la tendencia represiva propia del Estado gendarme, por una respuesta del órgano social al fenómeno criminal que limite la intervención del Estado en el fenómeno criminal. Y evidentemente, la regulación jurídica penal es la que se encarga de limitar esa intervención del Estado dentro de la política criminal.

Con los antecedentes anotados, corresponde ahora el analizar, en primer lugar a la política criminal vigente, establecer los elementos ideológicos actuales en juego, y examinar hasta qué punto es pertinente el que se mantenga.

Hubiera sido interesante el formular las correspondientes consideraciones en función de todo un sistema, esto es a toda el área jurídico pe-

nal, en los aspectos sustantivo procesal y penitenciario. Empero, tal aspiración es materialmente imposible; por lo cual es menester que se oriente nuestra atención hacia el área procesal penal, que es la que permite el ejercicio de la justicia.

Empero, para establecer las circunstancias de una nueva y diferente estructura jurídica procesal penal, es menester que se lo haga en base al análisis crítico de la realidad actual procesal penal. Siempre en base al análisis paralelo de la política criminal existente, frente a una posible política criminal que sea respuesta a través de una reforma integral del sistema.

LA POLÍTICA CRIMINAL REPRESIVA, VIGENTE EN ECUADOR Y LATINOAMÉRICA, PRETENDE ENCONTRAR RESPUESTA AL FENÓMENO CRIMINAL DENTRO DE UN SISTEMA PROCESAL PENAL INQUISITIVO

Maier anota, con respecto al sistema inquisitivo, en actual vigencia, que es el que orienta a nuestra legislación procesal penal, que es "... la realización del derecho penal que se lleva a cabo conforme a un método totalmente autoritario y, esencialmente, responde a la idea de una pura realización de la sanción penal..."³.

Está fundamentado el sistema procesal penal inquisitivo, en la persecución pública de las infracciones. La pena está supeditada a la acción de ciertas personas que componen el aparato de persecución penal del Estado, no bien tengan noticia de su comisión. El derecho penal quiere siempre llegar a la sanción: objetivo que persiguen tanto un acusador público, que es el fiscal, como el propio juez, que ejerce la persecución a nombre del Estado; es decir, cuenta con la base del Estado como titular del poder punitivo - represivo a través de la noción estereotipada de lucha contra el delito.

La justicia penal realizada a través del sistema procesal penal inquisitivo, es represiva, autoritaria y unilateral: No responde adecuadamente a las circunstancias predominantes de la criminalidad actual; su vigencia tuvo trascendental valor cuando las condiciones políticas y sociales eran diferentes; cuando la trascendencia del delito no estaba en base de realidades esencialmente colectivas, sino que su connotación te-

Maier, Julio.- 'La ordenanza procesal penal alemana'.- Pp. 43-44.

nía que ver con esquemas que podían ser ubicados aisladamente: hoy en día no es cuestión únicamente del homicida y el homicidio, sino de la raíz social que entre elementos genera tal comportamiento; el crimen organizado, como fenómeno propio de las circunstancias económicas y políticas predominantes.

Los aspectos relevantes generales de la política criminal inquisitiva, que en la práctica se manifiesta con respuestas aisladas al fenómeno de la criminalidad, se traducen en lo siguiente:

1. Política criminal predominante: concepción represiva tendiente a eliminar o disminuir el delito.
2. El sistema penal quiere llegar siempre a la sanción y para ello organiza un acusador público, órgano estatal destinatario del deber jurídico de perseguir.
3. El Estado persigue y juzga en concentración típica: desde el punto de vista material las funciones que cumplen ministerio público y juez son idénticas -averiguar la verdad sobre una infracción y hacer actuar la ley penal-, aunque sus pronunciamientos tengan distinto valor for-mal, requirientes los del fiscal y decisorios los del juez.

Los principios anotados que configuran al sistema procesal inquisitivo están alrededor de los siguientes aspectos fundamentales específicos:

Órgano jurisdiccional y ministerio público, persiguen el delito⁴. Los jueces, a quienes la ley otorga la función investigadora o instructora, previa al juicio (plenario) tienen la facultad de actuar de oficio, sin perjuicio de que también intervengan a pedido del querellante o del ministerio público. Es decir que el juez deja de ser tal, toma necesariamente partido al asumir una actitud investigativa; sus actos entrañan necesariamente una tendencia -sea para favorecer o dañar la situación del sindicado-, y el Estado confiere esa posibilidad al juez, para de esa manera intervenir directamente en la causa, sin perjuicio de que imparta las disposiciones vinculadas con la sustan-

4 El juez no está revestido de imparcialidad, es parte para perseguir. Interviene en la práctica de las diligencias y las ordena "de oficio", en función de la potestad punitiva del Estado.

ciación de la causa. El juez, en definitiva, pone de oficio en actividad, a la jurisdicción del Estado. En el plenario, al producirse el juzgamiento, el Tribunal asume actitud similar, porque cuenta con el presupuesto obrado en tal sentido en la etapa anterior del plenario.

- II. Sistema cautelar tendiente a salvaguardar el poder del Estado: la prisión preventiva se convierte en condena anticipada; y, si el imputado siendo inocente ha sido reprimido, el Estado le dice: señor, aquí no ha pasado nada, solamente estuvo privado de la libertad; sin embargo de que se ha iniciado un proceso de criminalización.
- III. A través de medios de prueba: preocupación exclusiva por establecer la existencia de la infracción punible y determinar quienes intervinieron en ella. Hay una tendencia a determinar únicamente el hecho punible incriminado y se limita a imputar a los posibles autores, cómplices o encubridores. Esto permite el que no llegue a preocupar al juez la verificación de toda la estructura jurídica del delito; lo único que le importa es la tipicidad de la acción, difícilmente llega al análisis del dolo o la de la culpa por ejemplo. Generalmente se confunde a la tipicidad del hecho con la culpabilidad del sujeto.
- IV. Lesión a las garantías constitucionales vinculadas con el derecho de defensa y presunción de inocencias.
- V. En el sumario el poder del juez es tan grande, que dispone de la libertad y bienes del imputado, interviene personal y directamente en la evacuación de la prueba; si además dispone a su arbitrio del período de tramitación, cuya duración no se somete jamás a los plazos regulados en la Ley. Con respecto al plenario sólo comienza, luego de una etapa intermedia en la que, como resultado de la investigación previa, se lo llama a juzgamiento al imputado.

Se ha dado paso en el Código de Procedimiento Penal en vigencia, al denominado sistema procesal mixto. Al respecto. Alberto Binder se-

⁵ Se da el caso de que el defensor de oficio designado por el juez de instrucción, nunca conoció la causa en la que falsamente interviene, y peor a su defendido. La intervención de la defensa es meramente formal, se limita a las firmas que han de constar en la causa. En los juzgados de policía (comisaría e intendencias), las firmas del defensor de oficio las hace a veces el auxiliar del juzgado.

señala en el último ejemplar de la Revista Capítulo Criminológico de la Universidad de Zulia, que esta forma es totalmente parcial y forzada, que no recoge una actitud espontánea dentro de una epistemología propia⁶, en el que en la parte procesal denominada plenario, que sería el juicio, en que se evalúa la conducta del implicado, aparentemente el Tribunal Penal, que ejerce la jurisdicción correspondiente, aparentemente conoce directa y personalmente la prueba en la audiencia respectiva⁷, tal situación no es cierta, porque lo que fundamentalmente se remite a realizar es un conocimiento formal de la prueba que se practicó en el sumario, es decir en la primera etapa del proceso ante el juez penal que instruye la causa.

En definitiva, lo que se da en esencia, es un sistema esencialmente incriminatorio, no sólo de la estructura procesal, sino de una realidad integral, que va desde la sustantiva penal, hasta la penitenciaria. En un esquema desequilibrado y contradictorio, arbitrario, determinante de contrariedad de normas, especialmente las que deberían servir de base a la efectivación de las garantías constitucionales. Por ejemplo, no existen normas procesales penales, que efectiven el derecho de defensa o la presunción de inocencia del imputado.

Posiblemente, el signo de la política criminal represiva, tuvo su razón de ser, cuando la violencia del Estado, podía en determinado instante responder al fenómeno criminal, y el procesamiento constituía el instrumento para que se cumpla con tal actitud. Sin embargo las circunstancias inherentes a la producción del delito, hoy en día, son diversas.

⁶ El sistema mixto no cumple con su objetivo: la oralidad que se pretende en el plenario, luego de que la fase investigativa o sumario se mantiene en el molde inquisitivo, es una ficción, puesto que la prueba viene realizada por el juez de lo penal en la primera parte del proceso. El modelo escrito e inquisitivo es un modelo completo, que no solo implica una determinada forma de funcionar de los tribunales penales, sino, también una determinada forma de actuación de los fiscales, de la policía, de los litigantes, etc. Por lo tanto, la reforma del sistema inquisitivo necesita el diseño de un modelo alternativo, también completo. Por eso mismo, cuando hablamos de la adopción del juicio oral, tampoco nos estamos refiriendo solo a un modo de funcionamiento de los tribunales el sistema acusatorio y el juicio oral implica la transformación de los modos de actuar de todos y cada uno de los protagonistas del sistema de justicia penal.

⁷ La denominada inmediación.

HACIA UNA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL, FUNDAMENTADA EN LA LIMITACIÓN DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO, EN BASE AL SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO, EN EL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1992

La actitud represiva de la política criminal vigente, que forma parte e integra la actitud del cuerpo social con respecto al fenómeno criminal, que únicamente tiende a buscar y encontrar delincuentes, para procurar su sanción, en la creencia de que así se va a llegar a impedir y hasta eliminar la delincuencia ha sido impugnada por una nueva y diversa concepción que conciba una orientación diversa: LA LIMITACIÓN DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO.

Esto es, la intervención del Estado, como respuesta al fenómeno criminal debe ser limitada y sustituida con la consolidación de principios, unos nuevos y diversos, y otros ya existentes, pero que en contexto establecen una realización tendiente a salvaguardar la efectivación de los derechos humanos, (y a dar lugar que regule) la violencia del Estado. El poder represivo del Estado es tan intenso y múltiple, que su aplicación ante las circunstancias actuales, determina el que se explique y sustente legalmente a la arbitrariedad, y, la violencia institucional, que debe dirigirse a efectivizar el sistema normativo y asegurar el respeto a los bienes jurídicos, esto es ser violencia legítima, se traduce en ilegítima, y adquiere dimensiones iguales o mayores que el propio delito.

Por lo tanto, se ponen de manifiesto principios, tales como: el de la mínima intervención del Estado en el fenómeno criminal, dentro de la cual se encuentra la ratio legis, para que sea delictiva solamente aquella conducta luego de haber agotado todas las instancias de control social (derivadas) de la ineffectividad de aplicación en otras áreas jurídicas, o la descriminalización de aquellas conductas típicas que no trascienden en daño a terceros, esto es el principio de reserva. La efectivación cabal del principio de legalidad nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, con la consolidación de los principios de la ley previa, la ley escrita y la ley estricta. La efectivación integral del principio de culpabilidad, para que solamente se impute a quien incurrió en el hecho delictivo.

La posición de la criminología crítica, que es una tendencia del pensamiento criminológico que cuestiona sistemas e instituciones, y destaca que los órganos de control social producen igual o mayor daño que el delito, no es definitiva, ni puede ser aceptada en todas sus partes. Sin embargo, abre las puertas para entender, que no se trata el proceso penal de

una realidad aislada, y a establecer además que la falla de la justicia está en función de estructuras. Entonces una persona alternativa dentro de una nueva y diferente estructura es el sistema acusatorio.

El sistema acusatorio es tan antiguo como el inquisitivo, cronológicamente estimado; sin embargo, adecuado a la realidad actual, y dentro de una concepción diversa del Estado en esta materia: no represivo, sino intérprete y regulador de los fenómenos sociales; este sistema parte de la sustitución esencial de valores, del anterior, de poder punitivo-represivo, al nuevo, de facultad punitiva -esto es que no siempre reprime y persigue-, puesto que para el procesamiento investigación del delito y juzgamiento se ponen en juego los derechos humanos como base de sustentación, de manera que el derecho de defensa y la presunción de inocencia mientras no exista sentencia condenatoria, tengan vigencia real, y efectiva; el Estado ya no puede ejercitar el nivel de venganza por el delito cometido, sino que debe propiciar un procesamiento integral en el que el Juez cumpla con su función, que ya no puede formar parte del equipo perseguidor con el representante del ministerio público.

Dentro de este mismo espíritu, la corriente doctrinaria Latinoamericana, en función de la transformación de la justicia, se orienta desde hace varios años hacia la reforma integral de nuestros sistemas procesales penales, mediante la entrega al ministerio público de la dirección de la indagación policial, de la responsabilidad del procedimiento preparatorio, y del ejercicio de la acción punible, al tratarse de los delitos perseguibles de oficio; es decir que ya se trata de una posición ágil, de realización auténtica, sin el formalismo del proceso escrito, en que el ministerio público es el encargado de una realización investigativa esencial y no formal, con el concurso de la policía judicial.

¿CÓMO ES QUE, A TRAVÉS DEL SISTEMA ACUSATORIO, EN MATERIA PROCESAL, SE CONCIBE UNA POLÍTICA CRIMINAL EN LA QUE SE LIMITE EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO?

Si dentro del esquema inquisitivo, en el sumario, el juez en representación del Estado y en ejercicio del poder punitivo, persigue en la acción penal, a fin de determinar el delito y la imputación al delincuente; en el sistema acusatorio el rol del juez es diferente, se limita tan solo a legalizar los actos investigativos del ministerio público: el único que en el proceso inicial de investigación interviene en representación del Estado, y asume toda la responsabilidad, es el Agente Fiscal.

II. Si en el sistema inquisitivo, el poder que ejerce el Juez o Tribunal como expresión de la actitud represiva, orienta a la causa sobre la base de perseguir al delito, lo cual conlleva a la tendencia de criminalizar sujetos, lo cual se pone de manifiesto especialmente en ciertas infracciones como el narcotráfico en que su punición pretende según la ley eliminarlo; en el sistema acusatorio, se establecen mecanismos concretos para que, sin enervar al procesamiento, se permita que la acción penal sea evitada, y el poder incriminatorio del Estado se traduzca en facultad de incriminar y no en obligación de incriminar; esto hace que se genere una política criminal en virtud de la cual no se pierda control de la justicia penal con respecto al delito, pero al mismo tiempo no se convierta en objetivo permanente e indiscriminado la persecución punitiva. Son instituciones procesales en tal sentido, la discrecionalidad, la suspensión condicional del proceso o "probation", la desestimación, y el establecimiento de acciones dependientes de instancia particular.

En la discrecionalidad, la facultad del Juez o Tribunal en cualquier momento del procesamiento, de disponer el que se prescinda de la acción penal o parcialmente, a pedido del fiscal o del imputado; o de limitar dicha acción a solo alguna de las infracciones que la motiva, o a alguna de las personas que participaron en el hecho, en los casos insignificantes, por la exigua contribución del partícipe, o la mínima culpabilidad del autor o cómplice, de manera que no se afecte al interés público. O cuando el imputado agotó todos los esfuerzos a su alcance para impedir la ejecución del hecho, o contribuyó decisivamente a su esclarecimiento o contribuyó para que no ocurriera otro más grave. O cuando el imputado sufre, a consecuencia del acto, un daño físico o moral grave. Se mantiene el control judicial con respecto al imputado beneficiario de la discrecionalidad, pero es indudable que se limita el poder punitivo del Estado.

La institución procesal denominada "probation", en virtud de la cual por requerimiento del imputado o el ministerio público el juez dispone la suspensión condicional del proceso, da lugar a que se mantengan el control con respecto al imputado, porque el fiscal propone las condiciones; lo cual sustituye a que el Estado asuma responsabilidad directa en un centro carcelario. La aplicación de esta Institución tiene como base la satisfacción de los daños y perjuicios ocasionados a consecuencia del hecho o el afianzamiento de la reparación correspondiente. El imputado sale del control penitenciario, pero forma parte de otras formas de control que le permitan su reinserción social.

Mientras de acuerdo con el sistema inquisitivo, el poder persecutorio en el proceso penal se ubica con respecto a todos los delitos denominados de acción pública; en el sistema acusatorio, se limita también el poder punitivo del Estado para ciertas infracciones en las que es menester el salvaguardar la intimidad de la víctima, como por ejemplo en los delitos sexuales. Es entonces cuando el ejercicio de la acción está supeditado a la instancia particular, de manera que su procesamiento está en función exclusiva de lo que realmente importa a la víctima, puesto que la publicidad, puede devenir a que en el proceso tengan que establecerse situaciones de intimidad, que no convengan sea motivo de evidencias probatorias dentro de la causa. Muchas veces un reconocimiento médico ginecológico puede ser tan grave o peor, como la misma violación.

Lo importante de las instituciones procesales del sistema acusatorio, se ubica en la circunstancia de que no sólo cuenta la voluntad punitiva omnímoda del Estado, como ocurre con el sistema inquisitivo, sino que también cuentan la voluntad del imputado y del agraviado en las formas de limitación del poder punitivo que se mencionan, y en la posibilidad de que siempre sea escuchado; particular que no sólo incide en el ejercicio de la defensa que es otro capítulo al que nos referiremos posteriormente, sino que el criterio de las partes procesales involucradas, cuenta y puede ser aceptado; lo cual disminuye la potestad estatal.

En la etapa de investigación, a cargo del fiscal, no se practica prueba alguna, sino que se recogen evidencias que sirven para la última etapa del proceso, que es la del juicio.⁸ La intervención del fiscal en la investigación, está en función de su iniciativa, y con el concurso de agraviado e imputado. Tal iniciativa fiscal en la investigación es lo que le permite el que a través de él se efectiven las instituciones procesales que se mencionan: la discrecionalidad, la suspensión condicional del proceso o "probation", la desestimación, y el establecimiento de acciones dependientes de instancia particular. Esto en contexto, permite el que sea la base para la limitación del poder punitivo del Estado.

III. Una forma efectiva de limitar el poder punitivo del Estado en el proceso penal, es el regular adecuadamente y permitir la efectivación de las garantías constitucionales; porque la observancia de ellas, es lo que permite que se regule la violencia del Estado en la aplicación de la ley penal. Siempre del delito, por el daño que oca-

— — — — —
⁸ Es en el juicio, instante en el cual, se evacúa la prueba, ante el Tribunal Penal que es el que debe dictar sentencia.

siona a la sociedad, dentro de una política criminal represiva, se plantea la posibilidad de que las instituciones de control social respondan al fenómeno criminal con dureza.

Es así como, en síntesis, el sistema acusatorio establece principios reales tendientes a salvaguardar las garantías constitucionales:

1. Se garantiza el derecho de defensa.
 - El derecho a ser oído sobre la imputación que se le incrimina (defensa 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 defenderse 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 solo 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.

La efectivación de derechos humanos, consagrados en la Constitución Política del Estado, constituye un freno a la arbitrariedad y a la violencia ilegítima de los Órganos de Control Social. Nada se saca con la mera regulación de tales garantías en la Carta Fundamental, si conco-

mitantemente la ley secundaria no establece los mecanismos concretos respectivos. Especialmente en lo que a delito respecta, en que dentro del lineamiento tradicional se pretende combatirlo con represión, en la creencia absurda de que la sociedad va a recibir el beneficio.

Por último, es menester el que insista los argumentos formulados por Alberto Binder⁹, que tienden a justificar la reforma de la Justicia Penal, que como antes lo señalamos, no está en base exclusiva al sistema procesal, sino a una política criminal en la que quepan todas las áreas de conocimiento inherentes:

1. Porque existe una creciente sensación de inseguridad, de desamparo de los ciudadanos frente a la violencia social.
2. Porque existe una impunidad estructural, en especial impunidad de los más poderosos que hiere los sentimientos de dignidad de nuestras poblaciones.
3. Porque existe un reclamo, más claro y más profundo que nunca, para que se respeten los derechos humanos.
4. Porque la sociedad ha cambiado y cambia a pasos agigantados y la justicia se ha quedado atada a la estructura de la sociedad colonial.
5. Porque la criminalidad, en especial la criminalidad organizada (narcotráfico, delincuencia financiera, corrupción estatal, etc.), se ha modernizado y tornado mucho más compleja.
6. Porque nuestros países se hallan, con distintas modalidades, inmersos en procesos de pacificación y construcción o reconstrucción de la democracia, y la eficacia de la justicia se halla ligada a esos procesos.
7. Porque es necesario responder al impacto informático y a las nuevas técnicas de administración ligadas al uso de computadoras.
8. Porque los medios de comunicación social le han dado mayor fuerza y dinamismo a las opiniones sociales sobre el funcionamiento de las instituciones.

⁹ Estrategias para la reforma de la justicia penal". Binder, Alberto. Capítulo criminológico 18-19. Instituto de Criminología. Facultad de Derecho. Universidad de Zulia, Venezuela.