

## *La investigación del delito*

### *Una aproximación desde la perspectiva del Estado de Derecho*

José David Campos Ventura\*

#### I. INTRODUCCION

La problemática de la investigación del delito admite diversidad de enfoques, tanto como muchas maneras de enfrentarse desde el ángulo de las decisiones políticas. No cabe duda de que ella representa algo así como la "piedra angular" que ha generado y sigue generando muchos de los defectos y distorsiones del proceso penal, el "nudo gordiano" en la crisis del sistema de justicia que afecta sustancialmente las bases de la nueva sociedad política cuya construcción y fortalecimiento se ha puesto en marcha en El Salvador.

Por lo mismo, la investigación del delito constituye una suerte de termómetro que

prima facies indica y determina el grado o nivel de eficacia o ineficacia que en la protección de las garantías y derechos humanos ha llegado a desarrollar la justicia penal en el país, a partir —desde luego— de esa forma de organización político-social históricamente proclamada como "Estado de Derecho"

Aún cuando son tantas las opiniones que se vierten respecto de los distintos tópicos que le son concomitantes, lo cierto es que muchas de ellas no son sino sólo afirmaciones superficiales, perfiladas aseveraciones sin fundamento que en ocasiones provienen de ciertos personajes (apologistas de una justicia autoritaria que se dicen llamar "analistas políticos" o "jurisconsultos", etc.) que desconocen las profundas complejidades de la justicia penal y que terminan por desorientar a la opinión pública cuando exigen, apasionadamente, la puesta en marcha de medidas autoritarias, totalmente destinadas para la transición democrática históricamente iniciada (por ejemplo: aumento de penas,

---

\* El autor actualmente es profesor titular de las cátedras de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad Tecnológica, y se desempeña como Investigador Jurídico del Proyecto de Reforma Judicial en El Salvador. Es coautor de "En Defensa del Nuevo Proceso Penal Salvadoreño" y del "Manual de Derecho Procesal Penal".

más amenazas de cárcel, restauración de la pena de muerte, mantenimiento de las presunciones de culpabilidad, utilización desmedida de la detención provisional, organización de ciudadanos en patrullas vecinales, etc., etc.). Estas medidas, claro está, suponen un desbordamiento descabellado y poco inteligente en la utilización de la violencia estatal, que sólo ha conducido al agravamiento de la crisis y a la descomposición misma de ese “Estado de Derecho” que tales personajes dicen defender.

Otros sectores sociales que detentan algún poder de decisión (por ejemplo: los legisladores), reconocen la crisis del sistema de justicia penal y la necesidad de su profunda transformación para la consolidación del Estado de Derecho. Sin embargo, no saben como encarar el desafío y al final también se dejan arrastrar por esas campañas de “ley y orden”, para acabar afirmando que el “mejoramiento” del sistema de justicia solamente se posibilita con el “endurecimiento” de las leyes, idea que termina canalizándose a través de pequeños “retoques” a los códigos que lo único que hacen es ocultar y potenciar las verdaderas causas que generan la crisis del sistema; adoptan de este modo, el típico discurso de “defensa social” olvidándose de que una justicia “tirana”, que utiliza a ultranza la violencia para reprimir a los ciudadanos sometidos bajo sospecha de haber violentado la norma jurídico-penal, no hace otra cosa que alimentar el círculo vicioso que desnaturaliza por entero el fundamento histórico-político del Estado de Derecho: en tanto instrumento legitimado pero limitado constitucionalmente, puesto al servicio del hombre para tutelar y preservar sus derechos y para garantizar la pacífica convivencia social.

La presente exposición, como su nombre lo indica, es tan sólo una aproximación al

tema de la investigación del delito, pero desde una perspectiva profunda y diferente; una perspectiva cuyo argumento esencial dimana de los mismos principios fundantes del Estado de Derecho; y que a lo mejor, nunca ha sido considerada ni por los operadores del sistema (jueces, abogados, defensores, fiscales, policías) ni por los “juristas” o “analistas políticos”, ni por los legisladores. Esta aproximación invita a una reflexión, que sintetiza la razón de ser todo auténtico “Estado de Derecho”, porque ciertamente “la justicia debe ser fuerte..., pero su fuerza debe ser justa”.-

## 2. EL TEMA Y SU IMPORTANCIA

De suyo, la investigación del delito es una etapa medular de ese mecanismo complejo que se denomina sistema de justicia penal. Ella, constituye un tamiz insalvable y por ello importante dentro del esquema procesal, con miras a posibilitar la realización de la justicia sobre la base de la búsqueda y encuentro de la “verdad real” en un supuesto fáctico que se dice delito.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el fortalecimiento de la investigación del delito, el logro de su eficacia como período preliminar y preparatorio de la acusación y del juicio contradictorio, no constituye un fin en sí mismo, sino un paso insoslayable para la consecución eficaz de los fines generales del proceso (declaración efectiva del “ius puidendi” con el máximo respeto de las garantías individuales);<sup>1</sup> cuya material-

---

<sup>1</sup> Desde una posición clásica y reduccionista, orientada a la doctrina de la “defensa social” el proceso penal se impone como fines específicos: la “individualización del injusticiable” mediante el encuentro de la “verdad material e histórica”, metas cuyo efectivo cumplimiento conduce a la realización de los fines generales: el inmediato “aplicación de la ley penal al caso concreto”, para que en última

zación, redundando en el mejoramiento del servicio de la justicia penal<sup>2</sup> y, por consiguiente, en el mismo fortalecimiento del Estado de Derecho,<sup>3</sup> novedosa exigencia de las transformaciones políticas y sociales contemporáneos.

En efecto, la consolidación de un régimen de derecho, el avance hacia mejores estadios de democracia, pasa necesariamente por una transformación constante del sistema de justicia penal; transformación que inexorablemente debe tocar uno de sus pilares más importantes y sin el cual todo sistema político carece de fundamento legítimo como instrumento de salvaguarda de los intereses de la colectividad: el sistema de investigación del delito.

---

instancia se logre una "lucha eficaz contra la delincuencia". Vid. FLORIAN, Eugenio: "Elementos de Derecho Procesal Penal", trad. por L. Prieto Castro, BOSCH, Barcelona, S.M.D., pp. 58-59.- Sin embargo, desde una perspectiva globalizadora y coherente con las exigencias del Estado de Derecho, el proceso penal no se perfila únicamente a la consecución de una "lucha contra la delincuencia", pues si bien constituye la vía legítimamente instituida para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, siempre lo hace a través de la utilización de garantías judiciales fundamentales. El proceso penal también es una garantía para los individuos, pues "queda doblemente caracterizado como medio de tutela del interés social de represión de la delincuencia, y como medio de tutela del interés individual y social de la libertad". Vid. MANZINI, Vincenzo: "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo I, trad. por Santiago Sentis Melendo y otro, ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 251.

<sup>2</sup> Efectividad del "servicio" que deriva de la efectividad del proceso, entendida ésta como "la aptitud de un medio o instrumento para realizar los fines o producir los efectos a los que se ordena". El servicio exige "que el proceso penal sea efectivamente realizado según las prescripciones constitucionales y legales, como así en la forma y tiempo normativamente dispuestos. Pero reclamará algo más: "antes" del proceso, su efectivo (y justo) acceso; después de él, también la efectiva ejecución de las penas (...),

### 3. INVESTIGACIONES DEL DELITO POLITICO

Compenetrados en esta idea, debe tenerse presente como primer presupuesto básico, que todo sistema político se auxilia siempre de un determinado sistema de justicia para el ejercicio legítimo del poder sancionador del Estado. Sistema Político y sistema de justicia se han encontrado así íntimamente ligados en el devenir histórico.<sup>4</sup> Por eso se afirma, con acierto, que todo sistema procesal es un producto cultural estrechamente condicionado por las diversas situaciones histórico-políticas que imperan en una sociedad concreta.<sup>5</sup>

---

respetando sobre todo la dignidad de las personas..." Vid. BERTOLINO, Pedro J.: "Proceso Penal y Servicio de la Justicia", Editora platense, La Plata, 1992, p. 102.

<sup>3</sup> Siguiendo lineamientos generales de Carlos A. Olano, la simple expresión "Estado de Derecho" (concebida por el individualismo de estirpe liberal), refleja una de las características del Estado Moderno, por cuanto contribuyó a disipar las arbitrariedades del poder absolutista, por el imperio de las normas. Siendo más preciso, la expresión "Estado de Derecho" sirve para indicar que existe un orden normativo que reconoce y garantiza a los ciudadanos una amplia gama de derechos frente al poder estatal. Vid. OLANOV., Carlos Alberto: "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", Segunda ed., Editorial TEMIS S.A., Bogotá, Colombia, 1987, pp. 46-47. Empero, aún cuando reconozco que el simple "Estado de Derecho" ha contribuido al delincamiento del nuevo modelo de Estado que se está perfilando y cuya denominación exacta es "Estado social de Derecho", prefiero por razones pedagógicas no adosar al término más calificativos que el de "Estado de Derecho".

<sup>4</sup> Cfr. MAIER, Julio B. J.: "Situación de la Justicia Penal y problemas de los sistemas escritos", en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, No. 4, Doctrina Extranjera, M.S.D., pp. 1-5.

<sup>5</sup> Vid. VELEZ MARICONDE, Alfredo: "Derecho Procesal Penal", T. I, Ed. Lerner, 2a. ed., Buenos Aires, 1968, pp. 1-2. En el mismo sentido Vid.,

Partiendo de esta premisa, resulta lógico que la investigación del delito —como toda fase procesal— proyecte inevitablemente, con su funcionamiento concreto, las características generales del específico sistema de procedimiento penal en el cual se halla inmersa; dejando entrever, a su vez, su lógica y necesaria correspondencia con la orientación ideológico que sobre el binomio Estado/Individuo imprime el sistema de poder político vigente.

Comprobado está que los sistemas de justicia penal sufren los influjos de los condicionamientos socio-políticos en precisos momentos históricos. Por tanto, el modelo vigente de solución —más bien de “redefinición”<sup>6</sup> de los conflictos sociales de que forma parte la investigación del delito, no puede desligarse del modelo de ejercicio del poder político imperante. La realidad de los procesos histórico-sociales demuestra que si una sociedad determinada es gobernada por un régimen político autoritario, el sistema de investigación del delito tiende a desnaturalizarse en beneficio exclusivo del poder; colocando en evidencia a un sistema de justicia penal también de rasgos autoritarios. A contrario sensu, si una sociedad es gobernada por un régimen político democrático, respetuoso de los principios constitucionales y de las normas elementales de protección a los derechos humanos,

igualmente la investigación del delito tiende a proyectar la vigencia de un sistema de justicia penal cuya proyección democrática fortalece el resguardo de las garantías individuales sin afección ninguna del régimen de persecución punitiva, que liberado de los escondrijos y vicios del autoritarismo finalmente demuestra ser más efectivo en el combate contra el delito.

Desde esta perspectiva, la investigación del delito jamás cumplirá las mismas finalidades políticas ni producirá los mismos efectos sociales en un Estado de Derecho que en un Estado autoritario.

En un Estado de Derecho, la investigación del delito cumple el propósito de dar respuesta a la exigencia social de una pronta y efectiva justicia en todos los supuestos que impliquen una infracción de la norma jurídico-penal; procura de esta forma, el fortalecimiento del régimen de seguridad ciudadana frente a la amenaza que supone todo ataque de bienes jurídicos individuales o colectivos; pero, por supuesto, con total reconocimiento de las limitaciones sustanciales que impone el sistema de garantías de la Constitución de la República. La Investigación del delito, como periodo de preparación, se constituye así en el instrumento “ad-hoc” de cuya organización se vale el Estado no sólo para recoger y preparar de la manera más efectiva posible los elementos de convicción que podrían fundamentar la acusación pública y la eventual imposición del castigo estatal, sino también, para salvaguardar y otorgar plena vigencia a garantías judiciales básicas como el juicio previo (Art. 11 Cn.), la presunción de inocencia (Art. 12 inc. 1 Cn.), la inviolabilidad de la defensa (Art. 12 incisos 2 y 3 Cn.), etc.

En fin, la investigación del delito en una sociedad políticamente democrática, persigue —ante todo— sobre la base de la búsqueda afanosa de la verdad histórica por

---

GONZALEZ ALVAREZ, Daniel: “Los Diversos Sistemas Procesales Penales. Principios y Ventajas del Sistema Procesal Mixto Moderno”. Unidad Modular IV, ILANUD, San José, Costa Rica, 1988. p. 1.

<sup>6</sup> En el sentido de que en la base del proceso penal se halla siempre un conflicto inicial (social o interpersonal) que más tarde —en la sentencia judicial— puede ser re-compuesto o re-definido (no solucionado) en otros términos, más o menos admisibles socialmente. Vid. VINDER, Alberto M.: “Justicia Penal y Estado de Derecho”, AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 62.

imperium de la norma como expresión de la voluntad popular<sup>7</sup> (principio de legalidad procesal), la realización de la justicia preparando la correcta "solución" justa y adecuada al caso concreto partiendo —algunas veces— de las legítimas expectativas de los verdaderos protagonistas del conflicto inicial (principio de oportunidad).<sup>8</sup> Esta situación implica, naturalmente, el soslayo de toda axiología de la "verdad encontrada"; precisamente, por la misma relatividad de la función política de la "pena"<sup>9</sup> y del mismo concepto de "verdad"<sup>10</sup> y por indiscutible existencia de intereses o valores más primarios cuya utilidad social no puede ser ignorada en el paternalismo estatal.<sup>11</sup>

Por el contrario, en un Estado de caracteres autoritarios, la investigación del delito es el primer resorte de un mecanismo de represión

y control social destinado, por vía del sojuzgamiento de la libertad y dignidad humana, al mantenimiento del poder político imperante. La investigación del delito en este régimen, es sumamente violenta, despersonalizada, formal, burocrática, descoordinada y sin ningún control judicial efectivo; tiende a convertirse en la fase más importante y determinante del proceso a partir de la preeminencia o hipervaloración que adquieren los elementos de "prueba" recogidos en ella para fundamentar las sentencias judiciales; se caracteriza también por su arremetimiento selectivo y arbitrario contra la delincuencia bagatelaria y por su ineficacia total en la lucha contra la criminalidad poderosa (grandes fraudes financieros, corrupción estatal, terrorismo de estado, evasión impositiva, narcotráfico,

<sup>7</sup> Evidentemente que la fórmula "imperio de la ley" —como asegura Elías Díaz— se ha desprestigiado por su utilización en pro de la conservación inamovible y la defensa a toda costa de un orden autoritario, de una "legalidad" nada democrática, donde la ley se dicta sin suficiente participación popular, y se aplica en detrimento de los mismos derechos y garantías fundamentales, presupuestos básicos del Estado de Derecho. Vid. DIAZ, Elías: "Estado de Derecho y sociedad democrática", Taurus, Madrid, 1981, pp. 32-33. Por lo que resulta de suma importancia reorientar esa "legalidad" en el proceso penal (y concretamente de la voluntad de un poder ciego, incontrolado y autoritario, que dice perseguir todos los delitos pero que acaba arremetiendo fuertemente contra el sector más débil de la sociedad).

<sup>8</sup> Para profundizar sobre la contraposición: "Principio de legalidad-principio de oportunidad", Vid. ARMENTA DEU, Teresa: "Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España", PPU, Barcelona, 1991. pp. 51-67. Vid. también, GONZALEZ ALVAREZ, Daniel: "El Principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal", en: "Justicia y Sociedad". Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año II-Nº 3-4, Noviembre de 1993, pp. 39-48.

<sup>9</sup> Cfr. Fernando Cruz, para quien "El Estado de Derecho no impone una concepción absoluta del principio de legalidad, ya que la función represiva del Estado se ha orientado hacia una concepción relativa de la sanción..." Vid. CRUZ, Fernando: "La Función Acusadora en el Proceso Penal Moderno", Unidad Modular V, ILANUD, San José, Costa Rica, 1989, p. 20.

<sup>10</sup> Tal y como lo sostiene Brinder, "la función del concepto de "verdad" dentro del proceso penal no es tan central como nos hemos acostumbrado a considerar a partir del iluminismo. Esto no quiere decir que la verdad (real, formal, forense, consensual, etc.) no cumpla algún tipo de función. Pero ella es una parte de las condiciones de legitimidad de la redefinición, y quizá no la más importante". Vid. BINDER, Alberto M.: Op. cit., pp. 64-65.

<sup>11</sup> Como ha referido Bertolino junto a un "deber ser normativo" que mira a la nota de legalidad del proceso, hallamos también un "deber ser axiológico" que contempla la esfera de los valores. Por lo que si bien la garantía del debido proceso reconoce como determinante el valor de seguridad, tiene como cometido esencial la solución justa de una controversia. Vid. BERTOLINO, Pedro J.: Op. cit., p. 15.- La mayor densidad axiológica de los intereses en juego en el proceso penal, justifica que las formas procesales como instrumentos deben adaptarse a la naturaleza de la realidad sobre la que operan.

secuestro, crimen organizado, etc., etc.); todo lo cual provoca, en el seno de la sociedad, un sentimiento de impunidad, de inseguridad y de insatisfacción que no solo denigra al sistema de justicia sino que lo deslegitima como institución republicana surgida por consenso para la correcta “pacificación” de los conflictos sociales.

En síntesis, la forma de organización social y, fundamentalmente, el carácter más o menos democrático de las instituciones político-jurídicas de una sociedad, juegan un rol determinante en el tipo de sistema procesal adoptado, en la orientación ideológico de la política criminal configurada y en la misma organización del sistema de investigación del delito. Todo análisis de instituciones fundamentales del sistema de justicia penal, debe tener presente esta dialéctica histórica: la estrecha vinculación entre el modelo de ejercicio del poder político y la manera como se administra la justicia penal, a partir de su componente preliminar y básico como lo es la investigación del delito.

#### 4. SINTOMATOLOGIA DE LA CRISIS

Efectivamente, la investigación del delito, como parte del andamiaje procesal, dejará al descubierto, a través de sus propias particularidades, la orientación política del sistema de justicia penal que rige en nuestro medio. La fórmula de su organización, sus formas estructuradas, la especificidad de su despliegue operativo, la dirección de sus políticas y estrategias, hacen que ella se constituya en un parámetro a través del cual se puede determinar la verdadera orientación del poder punitivo en El Salvador.

Penetrar entonces en la sintomatología del sistema, contribuye sobremanera a la verificación central del análisis: si la actividad investigativa desarrollada en nuestro entorno (hoy día supuestamente “dirigida” por el

juez instructor, supuestamente “controlada” por el fiscal, pero en última instancia realizada materialmente por la Policía y sin ningún control efectivo), responde a la aplicación de una política criminal cuyos principios fundantes emanan ciertamente de la Ley Suprema; o por el contrario, responde a una política autoritaria cuya finalidad no es la búsqueda del equilibrio de los intereses en pugna, ni el respeto a los derechos y garantías constitucionales, sino más bien, su degradamiento a través del excesivo aumento de la represión punitiva estatal, como pretexto del trillado discurso de “defensa social”.

Partiendo de lo dispuesto por el Código Procesal Penal vigente, el sistema de investigación pivota, fundamentalmente, sobre la actividad de tres órganos básicos: la Policía, la fiscalía y el juez. De este modo, la investigación como fase preliminar del juicio contradictorio, se subdivide en dos etapas: 1) La denominada **investigación “extrajudicial”** que es realizada, dirigida y controlada por la Policía (tradicionalmente dominada por el estamento militar),<sup>12</sup> con intervención más formal que real de una fiscalía “pasiva” y, 2) la **investigación judicial**, dirigida por un juez instructor que además de investigador, debe ser el garante-contralor de la persecución penal y, todavía más, el decisor final del conflicto.

Obsérvese como, en las actuales estructuras procesales, la ley de ninguna manera otorga al fiscal el papel protagónico

<sup>12</sup> Una Policía que ha desnaturalizado su función de garantía de las libertades y seguridades ciudadanas para incorporarse a la estrategia de un control “de orden público”- basado en el terror y la arbitrariedad, propia de la ideología de la “defensa hemisférica” impuesta por las dictaduras tradicionales para sojuzgar a sus desidentes y opositores. Cfr., TACORA, Fernando: “Política Criminal en América Latina”, Ed. librería del Profesional, Colombia, 1990, p. 207.

que constitucionalmente le corresponde como órgano oficial en la dirección de la investigación y promotor de la acción penal pública (Art. 193 N<sup>os</sup> 3o. y 4o. Cn.). En realidad, desde el punto de vista de la ley secundaria, el fiscal es el simple “control de la legalidad”, un apéndice del tribunal que factiblemente puede sobrar en el esquema sin que ello signifique un trastorno grave para el curso de la investigación y del proceso en general; su presencia, aunque se considere útil, no es determinante ni imprescindible para la investigación o para el impulso procesal que imprime la jurisdicción oficiosamente.

Para nadie es un secreto, que este diseño de investigación preliminar que nos rige, cuyas fuentes devienen de la misma roma imperial, del inquisitismo medieval y del reformismo napoleónico trasplantado por vía de la España colonizadora, ha reflejado en la práctica cotidiana una serie de síntomas que ya demostraron su ineficacia y su colapso.

Para el caso, el sistema en boga propicia que la prevención policial se convierta en la regla:<sup>13</sup> así, el proceso penal se inicia, en la mayoría de los casos, no porque el fiscal haya promovido la acción penal (lo que en contados casos sucede), sino porque la misma ley faculta a la policía para instar la actividad jurisdiccional sin necesidad de que ella esté controlada o dirigida por el fiscal. Esto arroja como consecuencia, la preeminencia de los atestados policiales por encima de la

actividad que realice el fiscal. Las diligencias policiales, en las que el fiscal —en más de las veces— ni siquiera participa, han bastado para que —en muchas ocasiones— el juez decreta la detención provisoria sin que éste ni aquél se percaten fehacientemente sobre la verdadera existencia de los presupuestos facticos y jurídicos que posibilitan el mérito real de la medida cautelar (Por ejemplo Art. 138 inciso 3, Pr. Pn.).<sup>14</sup>

Como consecuencia, existe la tendencia generalizada de otorgar a las llamadas diligencias “extrajudiciales” un valor preponderante y definitivo que desnaturaliza por entero la fase más importante del proceso penal: el juicio (plenario o fase contradictoria). Tanto así, que el sistema todavía descansa y gira en torno a la tristemente celebre “confesión extrajudicial”, medio de prueba por “excelencia”, cuando permite que ella —por sí sola— sea suficiente para lograr la condena de los procesados (Por ejemplo Art. 496 incisos 4 y 5, Pr. Pn.).<sup>15</sup> Nada más nefasto para la garantía

<sup>13</sup> En efecto, las actuaciones policiales constituyen la válvula de entrada al sistema penal, “lo que revela además la amplitud del poder policial, no solamente restringida a las faltas policivas sino juzgando un rol clave en lo penal, en el que su definición de lo que es permitido o no, determinará el movimiento del aparato penal. Mientras los jueces se limitan a los casos que les corresponde por los mecanismos de asignación o distribución de ellos, la Policía conserva plena la posibilidad de intervenir en todo el universo ciudadano. El universo de los Jueces está restringido a un número concreto de casos” *Ibid.* p. 131

<sup>14</sup> El inciso 3 del Art. 138 Pr. Pn. dispone: “Las indagaciones y declaraciones de ofendidos, vecinos del lugar y testigos de importancia serán tenidas por el juez en conjunto, como elementos de juicio suficientes para el solo efecto de decretar la detención provisional del imputado si de ellas resultare que éste tuvo participación en el hecho; en todo caso, el juez deberá verificarlas a la mayor brevedad a efecto de confirmar o revocar la detención decretada”.

<sup>15</sup> El inciso 4 del Art. 496 Pr. Pn. textualmente dispone: “En las causas por delitos comunes la confesión extrajudicial que reúna los anteriores requisitos será apreciada como prueba suficiente para decretar la detención provisional, para someter la causa a juicio contradictorio o al conocimiento del jurado, en su caso” Por su parte el inciso 5 de la misma previsión legal dice: “En las causas excluidas del conocimiento del jurado, si después del auto de llamamiento a juicio y antes de la sentencia subsistiese la confesión extrajudicial como única prueba de la delincuencia, corresponde al juez apreciarla de acuerdo con las normas de la sana crítica, a efecto de pronunciar la sentencia correspondiente”.

constitucional del juicio previo, que esa "confesión extrajudicial", producto muchas veces de la tortura, de la amenaza y del chantaje, adquiera entera validez para los jueces y fiscales, cuando tales operadores solamente han obtenido un conocimiento artificial y mediatizado de los hechos.<sup>16</sup>

Esto demuestra que en nuestro sistema, el imputado no es un auténtico sujeto procesal con prerrogativas reales de ejercer eficazmente su legítimo derecho a defenderse, sino que continúa siendo el mero objeto de la investigación autoritaria prototípica del sistema inquisitivo que ya no responde a las nuevas exigencias que impone el proceso de transformación democrática que en El Salvador se ha iniciado. Sumado a esta distorsión, la "indagatoria judicial" que debería ser una garantía real de defensa no es sino otro medio más de prueba, donde la mentalidad del "juez" ("contralor de las garantías" pero al final perseguidor) en la medida que va "investigando" ex-officio y va descubriendo elementos de "prueba", psicológicamente se va vinculando y comprometiendo con una determinada "convicción" que irremediablemente le conduce (y de hecho le ha conducido históricamente) a la emisión, con demasia, de decisiones en perjuicio del procesado sin la objetividad debida.

Por otro lado, tampoco es de recibo la vulneración de muchos principios constitucionales (pronta y cumplida justicia, inocencia, juicio previo, inviolabilidad de la defensa, etc.) por esa lentitud, formalización,

burocratización y "excesivo ritualismo"<sup>17</sup> de la investigación judicial; que convertida en una simple acumulación mecánica de actas, ha propiciado, además del fenómeno de impunidad<sup>18</sup> de la delincuencia no tradicional, la generalización de la detención preventiva y, con ello, el elevado número de los presos sin condena.<sup>19</sup> Naturalmente, todo producto de esa estructura arcaica en la administración de los tribunales, pero donde mucho tiene que ver ese desorden y descontrol en la función administrativizada del fiscal, quien no ha sido capaz de romper con los exabruptos y arbitrariedades de una Policía "militarizada" desconocedora de sus deberes y limitaciones sustanciales.

Otro factor detonante de la crisis del sistema, lo constituye el fenómeno de la "delegación de funciones",<sup>20</sup> elemento

<sup>16</sup> Prohijando palabras de Bertolino: "la obtención de la verdad solo es constitucionalmente admisible en un clima donde prive el valor tolerancia para el imputado y no el disvalor autoritarismo, circunstancia esta última que importaría una ilegítima coacción al individuo-persona viciando con ello ética y jurídicamente la incorporación del dato al proceso y la eventual condena en base a él" Vid. BERTOLINO, Pedro J.: Op. cit., p. 92.

<sup>17</sup> "Exceso ritual" que implica una desnaturalización y un uso irregular de las formas procesales, en el sentido de la no adecuación a la finalidad por las que se han establecido; situación que se configura en un verdadero "abuso del derecho", un "ejercicio antifuncional de la actividad jurisdiccional" que distorsiona la "verdad jurídica objetiva" perjudicando a la justicia y a los justiciables. Vid. BERTOLINO, Pedro J.: "El Exceso Ritual Manifiesto", Ed. Platense, La Plata, 1979, pp. 41-42.

<sup>18</sup> Sobre el fenómeno de impunidad por la excesiva burocratización de la investigación, Vid. BINDER, Alberto M.: "Introducción al Derecho Procesal Penal", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, 215.

<sup>19</sup> Según datos proporcionados por "Apoyo Técnico para la Reforma Judicial" del Ministerio de Justicia, hasta el 5 de enero de 1994, el 76.75% de una población aproximada de 5 mil 800 personas, se encuentran detenidas "provisionalmente" (sin condena) en los centros penales del país. Es decir, a 4 mil 230 personas se les ha privado de su libertad "provisoriamente" como un verdadero anticipo del castigo, siendo constitucionalmente personas inocentes.

<sup>20</sup> Respecto al fenómeno de "delegación de funciones" como distorsión básica de la independencia judicial, Vid., BINDER, Alberto M.: "Introducción...", Op. cit., pp. 86 y sigs



distorsionante del principio de independencia judicial, cuando la responsabilidad de tramitar, de "investigar" y juzgar el caso subyace verdaderamente en un auxiliar del juez, mientras éste realiza labores propias de un administrador enredado en el trámite burocrático. Fenómeno que, indudablemente, ha nutrido esa mentalidad formalista de muchos jueces y fiscales que, como operadores del mismo sistema de investigación, lejos de preocuparse por investigar los hechos y buscar los indicios que le aproximen al verdadero culpable, defienden a toda costa los formulismos rituales y burocráticos y terminan por adoptar una actitud conformista con la versión policial que, de suyo, es la que circunscribe y orienta el curso del expediente judicial.

Pero quizá el factor más trascendente y determinante que denota la crisis y el fracaso del sistema vigente de investigación de los delitos y su inadaptabilidad a las nuevas circunstancias que impone la dinámica de la fenomenología delincencial, lo constituye —como ya adelantaba— esa movilización del juez penal con duplicidad de funciones; pues además de tener que desplegar la jurisdicción de manera oficiosa, en arrebato de la titularidad requirente que no le corresponde, debe ser —al unísono— el garante contralor de los límites de su propio poder de investigación. Sin embargo, lejos de cumplir con el cometido que la ley secundaria le impone, termina gastando sus energías y su tiempo encerrado en su oficina realizando meros trámites de nulo contenido jurisdiccional.

Mientras trata, inútilmente, de ser un buen juez (controlador garante) y un buen investigador (perseguidor eficaz), muchos de los principios y garantías constitucionales se ven violentados por éste esquema que concentra, de hecho, en manos de un mismo

órgano estatal, dos poderes completamente distintos e incompatibles: investigar y juzgar.

Por estas razones fundamentales, es el momento de admitir el colapso y la ineficacia de la organización actual en el sistema de investigación del delito. Es menester, que en la futura reforma de la justicia penal, se redefinan las funciones de los operadores del sistema, adecuando las mismas a la naturaleza precisa e inequívoca de la potestad que constitucionalmente ellos deben ejercitar.<sup>21</sup> Por ello mismo, el sistema no puede seguir gravitando alrededor de la figura de un juez "investigador" y sintetizo mi argumento en dos aspectos básicos:

Primero, porque la figura del juez "investigador" o "instructor" (tal y como se la regula desde los Códigos de Instrucción Criminal de 1863 y 1882, pasando por la legislación de 1974), ha demostrado, a lo largo de toda la historia de la justicia penal salvadoreña, ser un malísimo garante; precisamente, por su incapacidad de poder sustraerse en el acto de decisión a los influjos subjetivos de su actividad agresiva e investigadora. Resulta difícil que un juez pueda desvincularse por entero de su propia investigación, porque en la medida que van apareciendo las evidencias que comprometen al procesado, en esa misma medida, se va formando en su mente una convicción prematura y solo parcialmente fundada, que

<sup>21</sup> Al juez le corresponde "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" (Art. 172 Cn.) y al fiscal le corresponde "dirigir la investigación del delito" y "promover la acción penal de oficio o a petición de parte" (Art. 193 Ordinales 3º y 4º, Cn.). Bien ha referido Binder que "un Código de Procedimientos será inconstitucional toda vez que le otorgue a los jueces tareas que son esencialmente incompatibles con la misión que les asigna la Constitución, es decir, con su tarea de juzgar. La tarea de investigar por ejemplo, es incompatible con la de juzgar, por más que una y otra sean ejecutadas por jueces diferentes". Vid., BINDER, Alberto M.: "Introducción...", Op. Cit., p. 295.

más de las veces psicológicamente le predispone a la aplicación apresurada de medidas coercitivas y a la emisión de fallos de condena.<sup>22</sup> La dinámica procesal ha demostrado, que no hay nada más peligroso para el imperio de la “imparcialidad judicial” y para la vigencia efectiva de la garantía de defensa, que obligar al juzgador a convertirse en investigador del procesado, contralor del respeto a las garantías de éste y evaluador del mérito probatorio de su propia investigación.<sup>23</sup> Pues, ciertamente, el principio del “juicio previo” se violenta toda vez que el fallo judicial definitivo surge del “pre-juicio” y no del debate oral, público y contradictorio.

En segundo término, la figura del juez instructor ha demostrado ser también un malísimo investigador. En realidad, mucho tiene que ver esa dualidad de atribuciones que la ley impone al juez para que en escasa medida pueda percibir la verdad histórica del hecho delictivo, pues no siempre se le ve constituirse a la escena del delito, no siempre se le mira presente cuando se realiza un peritaje, en raras ocasiones se le ve presenciarse el interrogatorio que el escribiente hace al testigo, etc. En fin, por la excesiva concentración de atribuciones a la que ha sido sometido y por el exagerado número de casos por resolver, difícilmente se encuentra en la capacidad de dirigir la investigación percibiendo, recogiendo o recabando —personalmente— las distintas eviden-

cias, a cuyo conocimiento llegan solamente de manera indirecta y a través de la lectura del expediente.

Hoy en día, las transformaciones político-sociales en El Salvador, empujan a la consolidación de un auténtico Estado de Derecho, vía transformación de la justicia penal; en éste nuevo contexto histórico, que se inaugura con los “Acuerdos de Paz”, no sólo por elementales razones de lógica procesal sino por un imperativo de la norma constitucional, resulta inadmisibles que el fiscal que debería investigar, deba seguir controlando lo que el juez “investiga” (más bien lo que convalida del expediente policial), y éste que sólo debería controlar la investigación la continúe realizando “personalmente”. Evidentemente, la inversión de roles se justifica, porque está demostrado que nadie es buen centinela de sus propios actos y que el buen inquisidor aniquila y sepulta al buen juez.

A grosso modo, estas son algunas de las particularidades propias de un sistema de investigación del delito —imbuido en las complejidades de todo un sistema procesal que ya tiene largo rato de estar en crisis. Sin embargo, pese a esta diversidad de síntomas que demuestran la ineficacia del sistema, existe cierta tendencia a no vincular ese fracaso con la situación de crisis política y socialmente vivida. Es una visión superficial y reducida que atribuye a los operadores del sistema una labor sin importancia, hueca y tangencial; visión que no permite advertir que todo sistema de persecución penal ineficaz y antigarantista multiplica los conflictos sociales y profundiza la crisis.

Quiénes piensan así, no son capaces de comprender que el fortalecimiento de una democracia y la consecución de la paz social, pasan necesariamente por la reestructuración de los distintos componentes de la justicia penal.

<sup>22</sup> Cfr. SCHMIDT, Eberhard: “Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal”, trad. por José Manuel Nuñez, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, S.M.D., p. 280.

<sup>23</sup> Cfr. VELEZ MARICONDE, Alfredo: Op. cit., T. II, p. 294. Cfr. también, BAUMANN, Jürgen: “Derecho Procesal Penal, Conceptos Fundamentales y Principios Procesales”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 49. En el mismo sentido, Vid. BINDER, Alberto M.: “Introducción...”, Op. cit., pp. 217-218.

En términos generales, todo lo descrito revela la existencia de una crisis institucional en el sistema de investigaciones que resulta difícil ocultar; esta crisis, que deslegitima al sistema de justicia penal en general, es susceptible de ser visualizada desde una doble perspectiva: desde el punto de vista de la ineficacia del sistema como método de lucha contra la delincuencia y, desde el punto de vista de la ineficacia del sistema en su misión por preservar los derechos y garantías fundamentales del ser humano frente a los abusos y arbitrariedades de la persecución punitiva del Estado.

## 5. LA NECESIDAD DE UN NUEVO DISEÑO DE POLÍTICA CRIMINAL

La sintomatología descrita, debe mover a reflexión a los distintos operadores jurídicos, sobre la imperiosa necesidad que existe para que se realice una profunda transformación del sistema a partir de un replanteamiento o cambio de dirección en las decisiones políticas relativas a la específica función que cada uno de ellos cumple en el proceso penal. Indiscutiblemente, los órganos de la persecución penal: Policía, fiscalía y juez, deben ser objeto de una redefinición en sus atribuciones de conformidad al marco constitucional; lo que supone, inevitablemente, la transformación misma de las estructuras legales secundarias sobre las cuales han venido fundándose sus propias actividades.

Este reacomodo de la etapa de la investigación y de las demás fases del proceso penal, importa también el cambio de una política criminal cuyo matiz inquisitivo y autoritario se halla incrustado en los parágrafos del código, en las fórmulas de los procedimientos, en la práctica y hasta en la mentalidad de los operadores del sistema.

La política autoritaria hasta hoy desplegada en la investigación del delito, debe cambiarse totalmente por una política criminal integral,<sup>24</sup> de clara orientación democrática y garantista, limitada al precepto constitucional y cuyo propósito esencial sea la búsqueda constante del Debido Proceso, de ese justo equilibrio que debe reinar entre el interés social, conmovido, perjudicado, dañado, atemorizado por la comisión del delito y, el interés individual puesto en peligro por su sometimiento a un proceso.

La reforma penal, no debe ser un intento de política de eficacia que se oriente a la protección exclusiva de los intereses sociales, como tampoco debe ser un intento de política exclusivamente garantista que únicamente oriente sus esfuerzos a la protección de los intereses individuales.

En mi opinión, la mejor política criminal que puede desplegarse para el mejoramiento del sistema de justicia penal, y, en particular, para el mejoramiento del sistema de investigación del delito, será aquella que sea capaz de abarcar integralmente las dos direcciones del sistema, los dos intereses en conflicto en todo proceso penal, sin comprometerse exclusivamente con uno solo de esos intereses.

De nada sirve el fortalecimiento de la investigación científica del delito, si se mantiene un esquema de investigación que va a continuar vulnerando las garantías y derechos constitucionales. Tampoco resulta acertado elevar al máximo posible las garantías constitucionales, si a la sociedad no se le provee de un buen sistema de investigación del delito que integre coordinada, sistemática y dinámicamente a

<sup>24</sup> Para profundizar sobre política criminal como marco de referencia ineludible del proceso penal, Vid. BINDER, Alberto: "El Proceso Penal", ILANUD, Forcap, San José, Costa Rica, 1991, pp. 3-15.

las diversas entidades estatales en cuyas espaldas subyace la responsabilidad de generar expectativas y señales positivas, para la credibilidad del mismo sistema de justicia, pero sobre todo, para su legitimidad en el seno de la sociedad políticamente democrática que hoy día en El Salvador se pretende construir.

La nueva política criminal, para que ayude verdaderamente a consolidar el ideario de una sociedad democrática regida por el imperio de la norma constitucional, debe conjugar equitativamente la diada garantía-eficacia<sup>25</sup> en toda las etapas del proceso penal, pero todavía más en su fase de investigación. Como aconseja Ricardo Levene:<sup>26</sup> “tenemos que buscar ese camino del medio, ese término medio, esa conjugación armoniosa de los intereses sociales con el interés individual” para que surja lo que se ha dado en llamar el Debido Proceso Penal.

## 6. CONCLUSION

Evidentemente, una de las características generales que constituye una exigencia básica e indispensable en todo auténtico Estado de Derecho, es la protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana; garantías jurídico-formales de las

que la colectividad espera su “efectiva realización material”.<sup>27</sup>

El objetivo de todo Estado de Derecho y de sus instituciones fundamentales se centra en el interés soberano y popular de lograr —más que su formulación— la materialización de dichas garantías.

Estas exigencias, son una conquista histórica de la humanidad y constituyen, por consiguiente, el eje estructurador de la organización del proceso penal, institución fundamental cuya eficacia en la preservación de aquéllas, compromete la legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho.

La investigación del delito es el subsistema preliminar y básico que se corresponde, lógicamente, con la orientación política que imprime la organización del proceso penal en general. Consecuentemente, de su correcta estructuración y de su funcionamiento concreto, va a depender, en gran medida, que los derechos fundamentales se institucionalicen en el ordenamiento jurídico positivo. La investigación preliminar puede contribuir, entonces, a que el Estado de Derecho se fortalezca y adquiera legitimidad y consistencia o, por el contrario, se desvanezca y pierda toda vigencia.

Por eso y en definitiva, todo intento de reforma de la justicia penal no puede soslayar la reestructuración del sistema actual de investigación del delito; tal reestructuración, en consecuencia, debe fundarse en una visión integral del proceso y partir de una transformación total de las estructuras legales

<sup>25</sup> Garantismo y eficiencia son los fundantes del nuevo proceso penal latinoamericano. “El primero, relacionado con los derechos subjetivos de las partes, de la defensa, de la tutela del justo proceso y del correcto funcionamiento de la función jurisdiccional; el segundo, vinculado con la eficacia del proceso penal. (...) como instrumento de la persecución penal, pero también de los derechos fundamentales, igualmente tutelados por intermedio del proceso” Vid. BERTOLINO, Pedro J.: “Proceso Penal...”, Op. cit., p. 19.

<sup>26</sup> LEVENE (hijo), Ricardo: “El Debido Proceso Penal y otros temas”. ILANUD, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. 1981, p. 27.

<sup>27</sup> Cfr. Elías Díaz, para quien el “establecimiento jurídico-constitucional de los derechos humanos fundamentales aparece, en efecto, como eje de todo Estado de Derecho. Lo que, en definitiva, éste pretende, frente al Estado absoluto de ancien régime y frente a todo Estado totalitario, es la protección, garantía y realización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a aquéllos conexiadas.” Vid. DÍAZ, Elías: Op. cit., p. 39.

que sustentan la actividad de los órganos de la persecución.

Para consolidar el proyecto político que significa el Estado de Derecho, se debe avanzar significativamente hacia el mejoramiento y constante fortalecimiento de la investigación del delito, pero sin descuidar el avance hacia la consecución de un proceso de garantía y derechos que la Constitución y los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos (leyes de la república) proclaman.

Las profundas trasformaciones político-sociales que se han llevado a cabo en nuestro país, posibilitan un verdadero cambio en las

estructuras de la justicia penal salvadoreña. Es menester, que en la base de esa transformación, se busque la organización de un moderno proceso penal que sea coherente con el momento histórico vivido. Un moderno proceso penal que además de ser eficaz en la investigación de los delitos sea efectivo en el resguardo de las garantías y derechos fundamentales; que demuestre que eficacia y garantía no son valores incompatibles e irreconciliables; que demuestren - de una vez para siempre- que para combatir y castigar eficazmente el delito no es necesario que se pague con moneda de dignidad y libertad.