

PRINCIPIO GARANTISTA DEL DERECHO PENAL Y PROCESO PENAL

POR JUAN BUSTOS RAMÍREZ

El autor nos indica que la función del Derecho Penal es dar una fundamentación político-criminal a la intervención punitiva del Estado, y al mismo tiempo, es un principio garantista del ciudadano, una limitación al poder. Actualmente la evolución del Derecho Penal es antes que nada la profundización de los principios garantistas de carácter material como formal, lo cual se debe extender a todo el sistema de control penal, siendo esencial en el Derecho Penal. No se saca nada con una reforma del Derecho Penal si no hay una reforma del Derecho Procesal Penal, no hay una real garantía dentro del sistema penal si no hay una garantía dentro del Proceso penal.

El Derecho penal nace con el Estado Moderno. Su función es dar una fundamentación político-criminal a la intervención punitiva del Estado. Por su propia naturaleza la fundamentación político-criminal implicaba relativizar la facultad de castigar del Estado, pues ella quedaba supeditada a las propias funciones y características del Estado moderno; cuya naturaleza definió brillantemente Beccaria, al señalar que estaba para la felicidad de los hombres y no para su infelicidad, de allí entonces que de por sí, la propia fundamentación político-criminal de la pena, esto es, el Derecho Penal, surgía como una garantía al ciudadano y una limitación respecto a la intervención punitiva del Estado.

El autor que mejor plasmó esta concepción, y por eso, con razón se le ha llamado el padre del Derecho penal fue Anselm von Feuerbach, quien a partir de su posición preventivo-general, configura al Derecho penal sobre la base del principio garantista de legalidad de los delitos y las penas.

El Derecho Penal en cuanto fundamento político-criminal de la intervención punitiva del Estado, en cuanto prevención general de delitos, es consecuentemente al mismo tiempo un principio garantista del ciudadano, una limitación al poder del Estado. De ello se derivará también al igual que Beccaria, que la pena es sólo una necesidad, y por lo tanto, en la medida en que se dé esta necesidad hay una fundamentación garantizadora.

El desarrollo posterior del Derecho Penal estará presidido por esta concepción y la constante tendencia del retorno a una concepción también contradictoria con esta idea político-criminal, y por lo tanto, se tiende hacia una concepción pre-moderna hacia el antiguo régimen, en que la pena entonces era simplemente una fundamentación teológica, como una fundamentación pre-existente al Estado, ajena a una fundamentación político-criminal.

La evolución durante el siglo XIX y el siglo XX del Derecho Penal partiendo de esta concepción político-criminal, es antes que nada, en primer lugar, la profundización de los principios garantistas. Sin ellos no es concebible el Derecho Penal, sin ellos el Derecho Penal es sólo una tapa o un mal remedo de él. Por eso, señalaba Beccaria, al inicio del Estado moderno: «todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es un acto tirano». Precisamente los acontecimientos que llevaron y produjeron la segunda guerra mundial y la instauración de la doctrina de la seguridad nacional en latinoamérica, indicó la propagación de regímenes dictatoriales en nuestros países y convirtieron el Derecho Penal como Beccaria, en una farsa. Pues en realidad lo único que quedó fue un retorno al antiguo régimen, simplemente la pena era como un derecho a castigar pre-existente al Estado, que le corresponde a quien ostentaba el poder, como oráculo de ese derecho y ejercido por el dictador de turno. Esta situación dio como reacción después de la segunda guerra mundial, al igual que en la época de Feuerbach, a una intensa profundización de los planteamientos político-criminales y consecuentemente de los principios garantistas. De allí entonces el surgimiento de un Derecho Penal mínimo, de un Derecho Penal en el cual la intervención punitiva del Estado se limite a la estricta necesidad.

En la profundización de los principios garantistas es necesario distinguir entre los principios garantistas de carácter formal, como el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, que los delitos sólo pueden tener su origen en una ley, en la voluntad soberana popular; y los principios garantistas de carácter material, que son los criterios políticos que deben regir en un sistema democrático respetuoso de los derechos humanos y fundamentales.

Estos principios garantistas que han surgido

Juan Bustos Ramírez

- Doctor en Derecho
 - Catedrático de la Universidad Católica de Chile
-

fundamentalmente de la profundización del Derecho Penal, no solamente se restringen al Derecho Penal sino que se extienden a todo el sistema de control penal, en la medida que la intervención punitiva del Estado va más allá que el contenido del Derecho Penal. De allí, que actualmente hay que entenderla como un sistema de intervención que incluye al Derecho Penal, que parte de la acción de la policía, pasando por la administración de justicia y terminando en la aplicación de las penas, en especial en el régimen penitenciario, llegando también a los servicios de asistencia y tratamiento, y controles informales como a los medios de comunicación de masas.

Un entendimiento inverso del control penal, que no implique garantías al mismo tiempo, es decir, limitar las garantías sólo al Derecho Penal, se convierte esto en una simple metáfora o en el encubrimiento de formas pre-modernas a la intervención punitiva del Estado. Es necesario garantizar la intervención de la policía, porque ésta de alguna manera es un Juez inmediato, es el primer filtro que se origina dentro de la intervención penal, y a veces, la intervención de la policía puede ser más tremenda y más estigmatizadora que los restantes controles de carácter penal. Por eso, también la importancia de todo el sistema de garantía dentro de la intervención del sistema penitenciario y de todos los organismos auxiliares a éste. Por tanto, actualmente las garantías tienen que concebirse como garantías a todo el sistema penal, a la policía, a la administración de justicia, a los sistemas penitenciarios.

Ciertamente dentro del sistema de control penal, es el proceso penal el que resulta esencial, pues pone en acción todo el sistema penal, incluido al Derecho Penal.

El Derecho es antes que nada proceso, antes que nada procedimiento, y por lo tanto la trascendencia garantista del Derecho en cualquier país se mide por su proceso penal, por la forma de éste. Luego entonces, los principios garantizadores de la intervención punitiva del Estado han de tener aplicación directa e inmediata dentro del proceso penal.

Las bases de elaboración de la dogmática penal de carácter político-criminal traspasan no solamente la dogmática penal, sino también la función judicial.

*El delito y el
delincuente son
un problema
de definición
política.*

Desde esta perspectiva analicemos en primer lugar los principios garantistas de carácter formal, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas en su relevancia en el proceso penal. Uno de los aspectos más importantes desde la perspectiva formal de los principios garantistas, es el principio de la ley estricta, o principio de taxatividad. Sólo hay delitos y tipos penales en cuanto estén expresamente descritos y señalados por la ley penal. Esto tiene de inmediato una relevancia desde el punto de vista procesal, quiere decir que el Juez se ha de mover sólo en el ámbito de los hechos establecidos legalmente, y que sus decisiones han de estar fundadas en relación a los elementos que surgen de los tipos penales y no en juicios valorativos propios. De allí la prohibición de la analogía, que, justamente, implica ir más allá de la valoración que contiene el tipo legal, sobre la base de una valoración ajena a la norma, es por eso que la interpretación judicial penal ha de ser siempre una interpretación estricta, en el sentido de que no puede ir más allá de la valoración recogida en el tipo legal.

El Juez no puede utilizar la analogía como fuente de injusto, ni aplicar una interpretación extensiva más allá de la interpretación estricta.

Por una parte, el Juez no puede restringirse en sus labores del proceso sólo a una aplicación del tenor literal de la ley, sino que siempre tiene que considerar al mismo tiempo la valoración implicada en ese tenor literal, que es la que le da sentido y significación. Por otra parte, no puede apartarse de esa valoración que le da finalidad al tenor literal e incorporar arbitrariamente sus propias valoraciones y prejuicios. La prohibición de la analogía derivada del principio de determinación de las disposiciones punitivas o principio de taxatividad o tipicidad, tiende

a señalar que el Juez no es creador del derecho. El único creador del derecho y con mayor razón en el caso de las normas sancionadoras, es el pueblo, a través de sus representantes. Ni el derecho ni las penas son producto de los juristas ni de los jueces, ni de ningún iniciado o iluminado, sino sólo son producto de un proceso estrictamente democrático, que se configura en las leyes dadas por el pueblo a través de sus representantes.

Otro principio de carácter formal es la irretroactividad de la ley penal que se consagra en todas las constituciones políticas, como también en los

códigos penales. Se ha considerado en general que la irretroactividad está en relación exclusiva con la ley en forma estricta, pero también se ha discutido, tanto desde el punto de vista de la doctrina en Latinoamérica como también en Europa, que tal principio tiene alguna repercusión en la función judicial en concreto. Se puede estimar que la interpretación de la ley implica darle su sentido efectivo en la línea jurisprudencial, significa una determinada forma de aplicar la ley, de decir la ley. De acuerdo a esto, resultaría que el cambio jurisprudencial es un cambio de la ley vigente y no podría aplicarse retroactivamente, salvo que sea más favorable al reo. Este planteamiento de establecer también el ámbito del problema de la irretroactividad de la ley en relación a la jurisprudencia, no pareciera sustentable, pues significaría equiparar la función del Juez con la del legislador. Por ejemplo, cuando por mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia estimaron que no era posible la violación de la prostituta; lo que vino a variar cuando se entendió que lo protegido en el delito de violación no era la honestidad sino la libertad sexual. Por lo tanto, toda persona, por ser tal, tenía derecho a esa libertad sexual, y también entonces en una prostituta podía, desde esta perspectiva, cometerse el delito de violación. Ello significaba un cambio jurisprudencial como ha ocurrido en todos los países, y esta norma entonces ha de tener aplicación inmediata y directa a todos los procesos, y de allí entonces, que desde esta perspectiva no puede plantearse el mismo principio desde el punto de vista de la retroactividad o irretroactividad de la ley. Esta interpretación nueva de carácter jurisprudencial conforme al verdadero bien jurídico protegido de la violación, implica entonces una aplicación inmediata y directa.

De todos modos, podría subsistir la duda respecto de un cambio jurisprudencial más favorable al reo, pero de todos modos en este caso, no se trataría de la cuestión de la retroactividad más favorable sino de una cuestión diferente. En efecto, el principio de legalidad de los delitos y de las penas como su nombre lo dice, y así fue planteado desde sus inicios, es sólo para la creación o agravación de delitos y de penas, pero no para su derogación o atenuación. Estas por su relación con las eximentes, con las causas de justificación, pueden partir de cualquier fuente del Derecho, porque justamente lo que se trata con ello es limitar la intervención punitiva del Estado.

La fundamentación de la intervención punitiva del Estado sólo puede ser por ley, pero la limitación a la intervención punitiva del Estado puede darse por cualquier fuente del Derecho, no sólo por ley sino conforme a todo el ordenamiento jurídico en general. En este sentido, sí podría darse una analogía favorable al reo y aplicarse a cualquiera, en forma de carácter amplio cuando hubiese una reforma de carácter jurisprudencial favorable al reo.

Más allá de estos principio de carácter formal que han surgido en el Derecho Penal, que tienen y deben tener aplicación estricta también en el proceso penal, lo importante y relevante en el último tiempo y como profundización de los derechos humanos, de los derechos constitucionales y de las garantías de carácter constitucional son los principios de carácter material.

De alguna manera, la doctrina se ha preocupado por mucho tiempo sólo de los principios formales en el proceso penal, sea en relación a la legalidad del proceso como a la legalidad del Juez, como también al desarrollo de principios formales garantistas propios dentro del proceso penal como el «principio del debido proceso». Pero más allá de estos principios es fundamental también considerar los principios de carácter material, desarrollados en la intervención punitiva del Estado y de su repercusión dentro del proceso penal.

En ese sentido, el principio de carácter material que es el más importante porque surge con el Derecho Penal moderno, con el Estado moderno, con Beccaria, Feuerbach y Bentham que son los fundadores del Derecho Penal moderno, es el principio de la estricta necesidad de la ley. El principio material básico que traspasa todo el control penal es que «la pena» sólo es una cuestión de absoluta o estricta necesidad. No se corresponde con el fundamento trascendental perteneciente a la naturaleza de las cosas ni a ningún otro que permita su legitimación.

El control penal, la pena, sólo es una amarga necesidad, esto quiere decir entonces en relación al proceso, que el Juez ha de tener claro que la pena es una cuestión de necesidad y no de legitimidad. Luego, el delito y el delincuente no es una cuestión ontológica ni metafísica ni de ciencia natural ni hay delincuentes por naturaleza, sino que el delito y el delincuente es un problema de definición política. Es un problema en relación a las necesidades que surgen dentro de un sistema democrático; ello implica que el Juez penal ha de estar plenamente consciente

que el Derecho Penal es extrema ratio, esto es, un control extremadamente formalizado del Estado que sólo se aplica en último término cuando han fracasado todos los otros controles. De esto se desprende el carácter subsidiario y con ello la interpretación estricta conforme al principio de legalidad. Esto ha de llevar al Juez penal a desechar desde el principio de su investigación, ya sea al Juez o al Ministerio Público según sea el tipo de procedimiento, todo aquello que pueda ser solucionado por vía sancionatorias civiles, comerciales o administrativas.

Ante la duda frente a un determinado asunto, que podría resolverse por la vía civil o mercantil u otra ajena al sistema penal, el Juez penal ha de rechazar su competencia, y por lo tanto, que ese problema sea ventilado por un control menos afectante de los derechos de la persona, para que no se amplíe la intervención punitiva del Estado.

En caso contrario, cada vez más se producirá la tendencia a entablar cuestiones no penales mediante acciones ante la jurisdicción criminal por un abuso del sistema, y con el único objetivo de lograr una presión o coacción indebida sobre un deudor u otra persona, convirtiendo al sistema penal en una persecución penal de las deudas, en una prisión por deudas, lo cual también

El Estado no puede sustraer a las partes de su conflicto ni actuar como tutor de ellas.

tendrá diferentes efectos negativos; las garantías penales se aplicarán a una materia que por principio nunca debió ventilarse en la esfera penal. La pena y el proceso penal se convertirán en prima ratio y no extrema ratio, con lo cual se provoca una perversión en las relaciones sociales de las personas, pues habrá un acostumbamiento a la violencia y a la coacción que siempre significan el sistema penal. Por otro lado, los tribunales criminales se atiborran de asuntos, con lo cual precisamente no tendrán la eficacia que se requiere en aquellos casos propiamente penales. Avanzando más, conforme al principio de estricta y absoluta necesidad de la pena, en el ejercicio de la acción pública ha de regir siempre el «principio de oportunidad», lo cual no está en contra del principio formal de legalidad de los delitos y de las penas como se señaló por algunos

autores, pues, cuando se estime que es oportuno perseguir, cuando es estrictamente necesario se hará conforme al principio de la ley, ya sea estricta e irretroactiva. Aplicando consecuentemente el principio de necesidad en el ejercicio del principio de oportunidad en relación a la acción penal, el Ministerio Público sólo puede perseguir cuando sea estrictamente necesario y conveniente, y por lo tanto, eso implica la aplicación del principio de oportunidad.

Si el ejercicio de la aplicación penal no es oportuno, es precisamente porque la resolución del conflicto sobre el que recae no requiere de este medio de control. El control penal es subsidiario, es preferible otro sistema de control como el civil, administrativo o mercantil. De ahí entonces que aplicando el principio de estricta necesidad, de extrema ratio, de subsidiariedad del control penal, ha de llegarse ineludiblemente en el ejercicio de la acción penal al principio de oportunidad.

Pero más aún, la aplicación consecuente del principio de estricta necesidad de la pena y de sus derivados de extrema ratio y subsidiariedad del Derecho Penal, lleva a que el Juez y/o Fiscal tengan que considerar que su rol es limitado y no exclusivo. Luego, no sólo se debe rechazar la función inquisitiva de los procedimientos penales sino que aún morigerar la función acusatoria del proceso penal, y no considerarlo a éste como un proceso de pago cualquiera. La pena es sólo una cuestión de necesidad y el delito y el delincuente son una cuestión de definición política. En estos principios indicados, el rol del Juez en el proceso no es el de apropiarse del conflicto de las partes, sino fundamentalmente el de garantizar los derechos de los ciudadanos y de salvar la desigualdad o abuso de poder.

El segundo principio de carácter material desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia en el Estado moderno es el principio del bien jurídico. Consecuencia material del principio de necesidad de la pena es el de legitimidad, esto es, el Derecho Penal protege bienes jurídicos, y por lo tanto, la intervención punitiva del Estado sólo se produce frente a acciones delictivas a él.

Los bienes jurídicos están determinados normativamente desde el conflicto de necesidades, que se dan en las relaciones sociales de un sistema democrático. Por eso surgen desde la relación social, implican la selección de una determinada relación social, son una síntesis normativa de una relación social concreta, dialéctica.

De ahí que la función judicial ha de estar enmarcada, en primer lugar, en la investigación de la función del bien jurídico, por tanto, no se trata simplemente de la comprobación de los elementos del tipo legal, sino de éstos en función del bien jurídico. Pues sólo así se puede construir materialmente el principio de determinación o taxatividad. La valoración que ha de encontrar el Juez es la valoración desde el bien jurídico protegido, vida, salud personal, libertad, honor, patrimonio, calidad del consumo, medio ambiente, seguridad en el trabajo, etc.

Esto implica que en la función judicial se ha de tener en cuenta esta realidad social, tiene que instituirse lo esencial del proceso, que es la prueba. Esta ha de ser capaz de acomodarse al conflicto social y consecuentemente debe haber libertad de convenio de pruebas. Y a su vez en la valoración de la prueba ha de quedar implicada a la discrecionalidad del Juez, en cuanto a lo fundamental de su convicción al momento de decidir su condición, naturalmente fundamentada y conforme a los medios de prueba establecidos en el proceso.

El Juez, como se indicó anteriormente, no debe llevar a cabo una aplicación simplemente del tenor literal de la disposición que contiene un hecho punible del órgano competente, sino que al aplicar un tipo penal debe realizar una interpretación valorativa a partir del bien jurídico, ya que los mismos ideales tienen por función precisamente recoger en un ámbito situacional, lo que se da en una relación social recortada desde el bien jurídico.

Por eso, no se trata de que el Juez aplique sus prejuicios, sino que debe garantizar la valoración que el pueblo ha dado a través de sus leyes, respecto a lo que quiere proteger, y lo que quiere proteger son determinados bienes jurídicos; ésta es la única valoración que debe tener el Juez presente al momento de decidir. En caso contrario, se estaría transformando en legislador y estaría suscribiendo la voluntad soberana del pueblo que es el único emisor de valores.

Partiendo del carácter subsidiario del Derecho Penal, de que el proceso penal ha de ser en principio un proceso de parte, el principio de legitimidad y del bien jurídico lleva a considerar que el Estado no puede sustraer a la parte de su conflicto, ni actuar como tutor de ello. En ese sentido, cabe considerar en especial el rol de la víctima dentro del proceso. Esta es el referente o destinatario inmediato de la colección de bienes jurídicos, luego, ha de tomarse en cuenta su

voluntad en la resolución del conflicto, quien puede tener una alternativa de satisfacción diferente a la ley.

De allí que la función judicial o del Ministerio Público, según el caso, tiene que ser la de promover las formas de conciliación, es decir, que habiendo un acuerdo entre las partes para solucionar su conflicto, éste debe tener la capacidad para dar término al proceso. El Juez entonces ha de tener la función de promover la conciliación, de modo que en cualquier momento de la instrucción del proceso pueda surgir una alternativa diferente a la ley. Tal proceder tiene diferentes aspectos positivos.

En primer lugar, desde el punto de vista de la víctima, ésta a través de la conciliación siente mejor satisfecha sus necesidades, se siente amparada por el proceso penal, en cuáles son sus necesidades efectivas y reales. Se obtiene así una mejor protección de los bienes jurídicos y un mejor sentimiento general de seguridad de los ciudadanos. Por otra parte, desde el punto de vista del Estado también es importante porque se obtiene así una reinserción social, porque el sujeto, el presunto autor manifiesta positivamente una acción de reparación y de resolver en forma diferente los conflictos sociales.

Asimismo, también desde la perspectiva del presunto autor es importante, porque delimita una estigmatización del sujeto que permite una mejor reinserción social de la persona. Por último es importante desde el punto de vista del Juez, porque cumple más por la función de justicia, en cuanto se convierte en un Juez garantizador, en un Juez de garantía respecto tanto a los derechos fundamentales de la víctima como del presunto autor. Por tanto, el Juez es una garantía respecto de las desigualdades o abusos entre las partes.

La consideración del principio de legitimidad del bien jurídico, también obliga a tener una consideración diferente respecto a la víctima, obliga al Juez a impedir lo que se ha llamado una segunda victimización. La primera victimización se produce con el delito, pero la segunda se puede producir en relación a la víctima por el proceso penal, en cuanto como sucede a menudo, el trato que recibe puede ser para la propia víctima sumamente criminalizador y afectante a su dignidad personal, lo que especialmente se produce en determinados delitos como contra la libertad sexual, o los de la violencia. Luego, el Juez ha de velar porque la víctima no sufra una segunda victimización, y

aquí ciertamente el proceso de victimización hay que tomarlo en su sentido amplio, es decir, no solamente en cuanto a la víctima concreta del delito, sino también en cuanto a los testigos o a los familiares de la víctima. Desde esta perspectiva, también el Juez ha de convertirse en un Juez de garantía de los derechos fundamentales de la persona envuelta en un proceso.

Un tercer principio de carácter material es el principio de la autonomía ética de la persona. Este principio deriva del principio de la dignidad de la persona, que es el fundamento de la responsabilidad que se le puede exigir a una persona, por eso que responsabilidad y exigibilidad sólo pueden tener como fundamento cuando está reconocido dentro del sistema, la dignidad de la persona como tal, es decir, que la persona no es un ente del vientre del Estado, no está sometido a su tutelaje sino que tiene autonomía ética, tiene capacidad de respuesta propia. Toda persona tiene reconocimiento de su capacidad de respuesta, su quehacer está basado en su respuesta frente a sus necesidades. El Estado está justamente para promover la satisfacción de esas necesidades, tiene una función de subordinación frente a la autonomía ética de la persona, pues está, justamente como decía Beccaria, para su felicidad, esto es, para promover su desarrollo en la satisfacción de sus necesidades.

Por eso la posibilidad de exigir una respuesta determinada por el Estado, implica que ésta se ofrezca y que el Estado desarrolle las condiciones necesarias para esa respuesta. De ahí que responsabilidad es siempre exigibilidad, esto es, la cuestión es saber qué puede exigir el Estado como respuesta específica a una persona determinada.

El principio de autonomía ética de la persona está fundamentado en el principio antiguo de la presunción de inocencia. Ésta es una consecuencia directa dentro del proceso penal del principio de autonomía ética de la persona. En el proceso, la posición de la persona es la de su dignidad y por lo tanto de su autonomía frente al juzgador. De ahí y durante todo el proceso han de garantizarse sus derechos, porque lo que ha de regir desde esta perspectiva es la «presunción de inocencia», es evitar y excluir toda suerte de estigmatización de la persona durante el proceso. En el momento de una resolución o decisión; también desde la perspectiva ética de la persona, del respeto a la dignidad de la persona; ha de regir el «principio *in dubio pro reo*». Esto obliga

a que el Juez dictamine en profundidad todas las circunstancias personales y sociales en que ha actuado la persona y en este sentido, cuáles eran las alternativas reales de la persona frente al sistema, para justamente lograr una respuesta a sus necesidades, y por lo tanto, cuál ha sido el papel del Estado en el desarrollo de las posibilidades de satisfacción de sus necesidades. Esto es justamente el fundamento del principio *in dubio pro reo*, porque el Juez en la duda ha de decidirse por la autonomía ética de la persona; este principio no es más que un corolario del principio de presunción de inocencia, del principio de autonomía ética de la persona.

Finalmente, dentro de estos principios de carácter material, está el principio de indemnidad de la persona. Este principio deriva también del principio de dignidad de la persona. Considera que la pena o cualquier otra forma de restricción de los derechos de la persona nunca ve afectada a la persona en cuanto tal, y además, debe afectarla lo menos posible en su desarrollo.

La esencia de los derechos de la persona ha de mantenerse siempre incólume, tanto por la ley como por la autoridad, es decir, en primer término por el Juez. De ahí que no puedan imponerse no sólo relaciones humanas como la tortura y el tormento, sino que tampoco es posible la aplicación de la pena de muerte, la privación del feto a la libertad o de penas excesivamente largas, debido a que todas estas afectan a la persona en su decencia y a la decencia del ejercicio de sus derechos. Esto significa que el Juez nunca ha de aplicar la prisión preventiva como una pena anticipada, y que ésta debe tener como función estricta el aseguramiento del curso del proceso, y por lo tanto, siempre ha de tener un plazo corto y prudencial.

Por otra parte, el Juez ha de aplicar la pena conforme al principio de proporcionalidad, esto es, en razón de la gravedad del injusto cometido, pero también debe de estar de acuerdo a lo que el sistema podría exigir de la persona.

No sólo esto implica el principio de indemnidad de la persona, sino también comprende la obligación del Juez que ha de hacer del seguimiento de la delincuencia, porque justamente la ejecución de la pena puede ser la que más afecte a la persona en sus derechos y en sus garantías. De ahí entonces que la aplicación de la pena también ha de ser controlada judicialmente, y el Juez ha de convertirse, también, en una garantía de la aplicación de la pena. De esto se deduce la importancia de la existencia del llamado Juez

de vigilancia o de cumplimiento penitenciario o de ejecución de la pena.

En definitiva, el Juez y los demás operadores del proceso no pueden prescindir en su función de los principios garantistas del Derecho Penal moderno, no sólo de los principios de carácter formal que en general han sido aplicados, sino también de los principios de carácter material. Estos principios han de ser siempre copulativamente aplicados, no puede existir uno sin el otro, ambos son indispensables en la intervención punitiva del Estado. El proceso penal es la

intervención punitiva más efectiva, en la cual puede estar envuelto cualquier ciudadano, de ahí su importancia.

Nada se saca con una reforma del Derecho Penal si no hay una reforma efectiva y profunda del Derecho Procesal Penal. No hay una real garantía dentro del sistema sino hay garantía dentro del proceso penal. La democratización de un sistema desde el punto de vista penal, se mide por las garantías y la democratización del proceso penal. No hay un país realmente democrático si no hay un proceso penal democrático.