



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**EL EXCESIVO GARANTISMO Y SUS EFECTOS PERNICIOSOS EN EL PROCESO
PENAL PERUANO**

Línea de investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar por el Grado Académico de Doctor en Derecho

Autor:

Torres Gonzales, Eduardo

Asesor:

Vigil Farias, José

(ORCID: 0000-0002-2657-4323)

Jurado:

Hinojosa Uchofen, Carlos Augusto

Cabrejo Ormachea, Napoleón

Jiménez Herrera, Juan Carlos

Lima - Perú

2020





ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

EL EXCESIVO GARANTISMO Y SUS EFECTOS PERNICIOSOS EN EL PROCESO
PENAL PERUANO

Línea de investigación:

Procesos Jurídicos y Resolución de Conflictos

Tesis para optar por el grado académico de Doctor en Derecho

Autor:

Torres Gonzales, Eduardo

Asesor:

Vigil Farias, José

ORCID: 0000-0002-2657-4323

Jurado:

Hinojosa Uchofen, Carlos Augusto

Cabrejo Ormachea, Napoleón

Jiménez Herrera, Juan Carlos

Lima – Perú

2020

DEDICATORIA

A mi amada esposa Isabel, a quien le agradezco con todo mi amor por su apoyo incondicional a éste trabajo desde el inicio hasta el final.

Muchas gracias amor de mi vida.

ÍNDICE

RESUMEN	vii
ABSTRACT.....	viii
I. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1 Planteamiento del problema.....	1
1.2 Descripción del problema	3
1.3 Formulación del problema	4
<i>1.3.1 Problema general.....</i>	<i>4</i>
<i>1.3.2 Problemas específicos</i>	<i>4</i>
1.4 Antecedentes	4
1.5 Justificación de la investigación	18
1.6 Limitaciones de la investigación.....	19
1.7 Objetivos	19
<i>1.7.1 Objetivo General</i>	<i>19</i>
<i>1.7.2 Objetivo Específico.....</i>	<i>20</i>
1.8 Hipótesis.....	20
<i>1.8.1 Hipótesis general.....</i>	<i>20</i>
<i>1.8.2 Hipótesis específicas</i>	<i>20</i>
II. MARCO TEÓRICO	21
2.1 Marco Conceptual	21
III. MÉTODO	179
3.1 Tipo de investigación	179
3.2 Población y muestra	179
3.3 Operacionalización de variables	180
3.4 Instrumentos.....	180

3.5	Procedimientos.....	181
3.6	Análisis de datos	181
3.7	Consideraciones éticas	181
IV.	RESULTADOS	182
V.	DISCUSIÓN DE RESULTADOS	204
VI.	CONCLUSIONES.....	205
VII.	RECOMENDACIONES	208
IX.	ANEXOS.....	222

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Cuadro de operacionalización de variables.	180
Tabla 2 ¿Es posible sustituir el juicio oral, como mecanismo idóneo, para resolver una causa penal?	182
Tabla 3 ¿Considera que los mecanismos de simplificación afectan los efectos preventivos generales de la pena?	183
Tabla 4 ¿Está usted de acuerdo con la prueba de oficio?	185
Tabla 5 ¿Considera que el apego irrestricto a las garantías procesales favorece al buen desarrollo de la administración de justicia?	187
Tabla 6 ¿El procedimiento especial conocido como “proceso inmediato” cumple con los fines de protección previstos en la norma, en un marco de respeto de las garantías y de los principios básicos del proceso penal constitucional?	189
Tabla 7 ¿En su opinión, el actual proceso penal es excesivamente formalista?	190
Tabla 8 ¿Considera que los jueces asumen un criterio muy garantista al momento de pronunciarse en sus resoluciones?	192
Tabla 9 ¿Se ciñe Usted a los criterios garantistas irrestrictos que exponen los magistrados supremos en sus acuerdos plenarios vinculantes?	193
Tabla 10 ¿En su opinión, los procesos se resuelven de manera pronta y oportuna?	194
Tabla 11 ¿Confía usted en la administración de justicia?	196
Tabla 12 Niveles de Garantismo en el proceso penal peruano	197
Tabla 13 Niveles de Efectos perniciosos en el proceso penal peruano.....	198
Tabla 14 Niveles de Garantismo y Efectos perniciosos en el proceso penal peruano	199
Tabla 15 Prueba de la hipótesis general.....	201
Tabla 16 Prueba de la hipótesis específica 1	202
Tabla 17 Prueba de la hipótesis específica	203

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 ¿Es posible sustituir el juicio oral, como mecanismo idóneo, para resolver una causa penal?.....	182
Figura 2 ¿Considera que los mecanismos de simplificación afectan los efectos preventivos generales de la pena?	184
Figura 3 ¿Está usted de acuerdo con la prueba de oficio?	186
Figura 4 ¿Considera que el apego irrestricto a las garantías procesales favorece al buen desarrollo de la administración de justicia?	187
Figura 5 ¿El procedimiento especial conocido como “proceso inmediato” cumple con los fines de protección previstos en la norma, en un marco de respeto de las garantías y de los principios básicos del proceso penal constitucional?.....	189
Figura 6 ¿En su opinión, el actual proceso penal es excesivamente formalista ?.....	191
Figura 7 ¿Considera que los jueces asumen un criterio muy garantista al momento de pronunciarse en sus resoluciones ?.....	192
Figura 8 ¿Se ciñe Usted a los criterios garantistas irrestrictos que exponen los magistrados supremos en sus acuerdos plenarios vinculantes?.....	193
Figura 9 ¿En su opinión, los procesos se resuelven de manera pronta y oportuna?	195
Figura 10 ¿Confía usted en la administración de justicia?	196
Figura 11 Niveles de Garantismo en el proceso penal peruano.....	197
Figura 12 Niveles de Efectos perniciosos en el proceso penal peruano	198
Figura 13 Niveles de Garantismo y Efectos perniciosos en el proceso penal peruano.....	199

RESUMEN

Objetivo: Analizar las posturas extremas del garantismo en el desarrollo del proceso penal y sus implicancias en el proceso penal, identificar el nivel de influencia en las decisiones judiciales que se emiten dentro de un proceso penal. **Método:** El estudio es un sistema descriptivo basado en la recolección de datos constituidos en revisiones de resoluciones en juzgados y salas penales, así como también encuestas a magistrados y abogados. **Resultados:** Se obtuvo como producto de esos datos y encuestas que aproximadamente el 80% mostraron un apego desmedido al formalismo por encima de los fines del proceso, concepciones que se vieron plasmadas en las resoluciones. **Conclusiones:** Se considera que es de vital importancia desterrar estas posturas radicales que, en aras de prevalecer de manera absoluta y estricta los derechos del encausado, desatienden otros intereses igualmente importantes como son la celeridad y economía procesal, que son parte también de lo que se conoce como "un proceso justo". Se procura, consecuentemente, el equilibrio de estos dos grandes intereses de la administración de justicia, como son el de garantía y el de la eficiencia (libertad y seguridad), porque solo así se puede dar una justicia pronta a los justiciables y recuperar la confianza de la población en sus instituciones, en especial en el sistema de justicia.

Palabras clave: excesivo garantismo, efectos perniciosos, proceso penal peruano

ABSTRACT

Objective: To analyze the extreme positions of guraranteeism in the development of the criminal process and its implications in the criminal process, to identify the level of influence in the judicial decisions issued within a criminal process. **Method:** The study is a descriptive system based on data collection based on reviews of resolutions in criminal courts and chambers, as well as surveys to magistrates and lawyers. **Results:** it was obtained as a product of these data and surveys that approximately 80% showed an excessive attachment to formalism over the purposes of the process, conceptions that were reflected in the resolutions. **Conclusions:** considers that it is vitally important to banish these radical positions that, in order to prevail in an absolute and strict manner the rights of the accused disregard other equally important interests such as promptness and procedural economy, which are also part of what is known as "a fair process". Consequently, a balance is sought between the two main interests of the administration of justice, that of guarantee and that of efficiency (freedom and security), because only in this way can prompt justice be provided to those who are subject to trial and the confidence of the population in its institutions, especially in the justice system, be regained.

Key words: excessive guaranties, pernicious effects, Peruvian criminal process.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda el problema que presenta la administración de justicia en la resolución de los casos penales, donde tanto el "retardo" como la "impunidad" se han acentuado en los últimos años. Esto ha llevado a que la desaprobación no se limite únicamente a la forma en que se organiza el sistema de justicia, sino que también se cuestione incluso el derecho penal mismo como instrumento idóneo para enfrentar el problema de la delincuencia.

Conscientes de esta situación, se ha procedido a indagar, revisar y reflexionar sobre las concepciones ideológicas de los jueces que se expresan en sus pronunciamientos, las cuales, según el investigador, tienen una importancia relevante en este problema.

Es así como se llega al análisis de las concepciones ultra garantistas y su repercusión en el desarrollo de los procesos, así como en la conclusión de los mismos. Esta investigación se centra entonces en verificar si tales concepciones, que están excesivamente apegadas a las garantías del procesado, lejos de favorecer al sistema, estarían afectando negativamente al sistema de justicia.

1.1 Planteamiento del problema

Es un hecho innegable que la administración de justicia atraviesa por serios problemas de legitimidad, y en buena medida esta desconfianza de la población obedece a su excesiva morosidad para resolver los casos y su alta desaprobación social sobre sus fallos.

Es cierto que detrás de esta dolencia se encuentran otros condicionantes como la corrupción, la desidia de algunos jueces, la falta de una buena administración, la mala fe de ciertos abogados, la falta de presupuesto, etc., más a nuestro juicio y lo que es materia de nuestro trabajo de investigación, es "la exacerbación de las garantías" la que sería la principal causa de la ineficiencia.

El aumento constante de la criminalidad con sus consiguientes secuelas de inseguridad, hacinamiento de cárceles, sobrecarga de expedientes y descontento de la población sobre su sistema de justicia, han venido generando una serie de reflexiones sobre la conveniencia de seguir recurriendo a la justicia tradicional como alternativa adecuada frente al delito.

En este escenario de desencanto, se ha revisado la concepción misma de justicia punitiva, y en su lugar se propone una justicia reparadora la cual se centra básicamente en obtener el resarcimiento del daño producido.

Como bien se sabe, en la antigüedad la noción de justicia provenía de la propia víctima y al autor no se le conocía derecho alguno, pero luego con la instauración del Estado el inculpaado pasó a ser el centro de atención, y la víctima por el contrario quedó rezagada, sin embargo en los últimos tiempos, nuevamente la víctima ha recuperado su protagonismo al otorgársele activa participación en el proceso, empero, éste afán desmedido por reivindicarla, estaría poniendo en riesgo el carácter público que posee el derecho penal, toda vez que en algunos casos podría resolverse con el solo acuerdo de las partes, como sucede con el llamado principio de oportunidad.

Similar situación ocurre con los novedosos mecanismos, en donde solo la concertación entre el inculpaado con el Ministerio público sobre la pena a imponerse da lugar a la conclusión del proceso, prescindiéndose de un juicio oral donde se debería establecerse la culpabilidad.

Estas nuevas opciones han surgido como resultado de la ineficiencia mostrada por la administración de justicia, la cual pese a las reformas emprendidas en varias oportunidades no ha logrado obtener la tan deseada celeridad.

Si bien estos novedosos mecanismos fueron recepcionados con mucho entusiasmo por las ventajas que ofrecían en la descongestión de la carga procesal, no por ello están exentas

de cuestionamientos porque contravienen algunos principios esenciales del mismo derecho penal.

Por ilógico que parezca, el sobredimensionamiento que ha alcanzado dichas garantías, lejos de favorecer al proceso, por el contrario, lo ha saturado al punto de hacerlo completamente lento y engorroso.

Por más que se invoque y se reclame en los textos jurídicos el “equilibrio entre garantismo y eficiencia”, lo cierto es que en la práctica siempre se termina prevaleciendo a los derechos del Inculpado de manera extensiva en desmedro de la resolución oportuna de los procesos.

Pese a que el interés de una ‘justicia pronta’ es frecuentemente invocado en la jurisprudencia nacional, notamos que, en la realidad, la tan reclamada celeridad procesal, siempre ha sido y es hasta hoy en día menospreciada por los jueces de todos los niveles.

En este contexto, la observancia de los plazos procesales ha sido vista por los jueces como un interés irrelevante y fácilmente prescindible.

Consideramos que se hace necesario corregir el exceso en que hemos venido cometiendo si es que realmente queremos obtener un sistema de justicia que respetando los derechos constitucionales del procesado atienda, a su vez, otros derechos, como es el “derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, pero además de ello, un proceso orientado hacia la verdad material, para contar con una justicia eficiente y que goce de la aceptación de todos.

1.2 Descripción del problema

El desencanto que se tiene sobre el servicio de justicia, específicamente sobre los casos penales que son los más sensibles en la población se ve manifestado de distintas maneras, pero quizás la más notoria de ellas es su “ineficiencia”.

La excesiva carga procesal que soportan los juzgados penales se constituye como un caldo de cultivo y condición necesaria para los otros males como la corrupción, desorden, retrasos, etc.

En la actualidad se puede afirmar que, salvo excepciones, todos los juzgados penales en sus respectivas instancias afrontan el problema de la sobre carga que hace que los plazos establecidos en las normas no se cumplan. Se agenda las audiencias para muchos meses después, y otras se reprograman y se postergan continuamente, y no son pocos los caos en que se declaran nulas muchas sentencias por supuestos defectos formales en la investigación.

En este escenario se tiene entonces causas "en giros" que deberían realmente estar debidamente concluidos y archivados, empero por la rigurosidad que se exige en los actos procesales se devuelven a los juzgados para continuar con el proceso.

La "exhaustiva motivación de las resoluciones", la "exigencia estricta de la imputación necesaria" por citar algunas de estas razones, son claros ejemplos de cómo esta garantía fundamental del debido proceso está siendo distorsionada y con ello afectando seriamente el servicio de justicia.

1.3 Formulación del problema

1.3.1 Problema general

¿De qué manera el excesivo garantismo genera efectos perniciosos en el proceso penal peruano?

1.3.2 Problemas específicos

¿Cuál es el nivel de influencia del excesivo garantismo en el proceso penal peruano?

¿Cuáles son los factores que originan el excesivo garantismo?

1.4 Antecedentes

En las últimas décadas se han dado una serie de cambios en toda la administración de justicia con el claro propósito de optimizarla. Las modificaciones incidieron tanto en lo

jurisdiccional como en lo administrativo y estuvieron centradas básicamente en recuperar el orden, la simplicidad y la celeridad en la tramitación de los procesos.

A modo de ejemplo podemos mencionar a la última reforma ocurrida en 1996, en el gobierno de Alberto Fujimori donde la transformación no solo incidió en una nueva infraestructura sino también en un equipamiento tecnológico acorde con los tiempos modernos.

Entre los cambios más importantes que se dieron en ese entonces, se resalta:

- a) La separación de las funciones jurisdiccionales de las administrativas, creando para ello la oficina de Gerencia General.
- b) La creación de juzgados especializados (de reserva, reos en cárcel, reos libres, itinerarios, entre otros, resaltando entre ellas a las “Salas Nacionales”, con atribuciones exclusivas sobre los delitos de tráfico ilícito de drogas y terrorismo.
- c) La creación de una mesa única de partes, y con ello la redistribución de los expedientes de manera aleatoria.

Todas estas modificaciones llevaron como estandarte de justificación; la conocida frase de: “hacia la obtención de una carga procesal cero”, y bajo este lema se restringieron las horas de atención a los abogados como a los litigantes, se limitaron los días para acceder a los expedientes, y se potenciaron las funciones de los órganos de control con la finalidad de combatir la corrupción.

Sin embargo, pese a todos los cambios implementados, la pretendida descarga procesal no dio fruto alguno.

Ante éste preocupante escenario, la Corte Suprema emitió en el año 005 la Resolución Administrativa N° 111 tendiente a obtener la agilización de los procesos. Entre estas recomendaciones se encontraba:

- a) La negativa a conceder nuevos plazos ampliatorios.
- b) La posibilidad de rechazar de plano las excepciones planteadas por los abogados en los procesos sumarios que contaban con la acusación fiscal.
- c) La posibilidad de rechazar de plano las recusaciones, entre otros incidentes bajo ciertas situaciones.

No obstante, estas iniciativas tampoco fueron observadas por los magistrados que continuaron ampliando los plazos bajo el fundamento de que la investigación no había alcanzado aún sus fines.

Ante esta situación, en el año 003 se promulgó la ley 8122, por la cual se puso en vigencia los “mecanismos de simplificación procesal” como son: la “terminación anticipada” y la “conclusión anticipada del juicio oral”, todo ello, con la finalidad de obtener sentencias inmediatas, con la sola aceptación de los cargos que pudiera hacer el procesado, (Si bien estas instituciones ya estaban contenidas en el nuevo Código Procesal Penal, su vigencia estaba limitada solo en algunos distritos judiciales).

No obstante, y pese a los esfuerzos realizados, con estas normas tampoco se obtuvo la acogida esperada, ya que los procesados pocas veces se sometieron a dichos mecanismos, y en su lugar prefirieron enfrentar el juicio con la esperanza de obtener la absolución, habida cuenta que las penas por los delitos cometidos resultaban demasiadas altas y el descuento obtenido era mínimo.

Posteriormente, ya en el 004, con la puesta en marcha del nuevo Código Procesal Penal, se generaron muchas expectativas, puesto que se trataba de un nuevo modelo procesal el cual llevaría a simplificar y agilizar los juicios, pero dotándolo a su vez de un mayor garantismo. La tramitación y la investigación de los procesos corrían ahora por cuenta del Ministerio Público.

Con dicha finalidad se implementaron nuevas salas con modernos equipos audiovisuales, sistema de video conferencia y registros computarizados, y salvo excepciones, las actas ahora solo registran un resumen de las actuaciones ocurridas en la audiencia. El estilo escritural fue cambiado por la oralidad.

Se pensó que estos cambios trascendentes mejorarían de un modo significativo el servicio de justicia, haciéndolo más confiable y eficiente; sin embargo, después de más de 10 años de la entrada en vigor éste nuevo modelo procesal, podemos notar que tampoco ha dado los resultados esperados. El único cambio visible es que en lugar de los juzgados, ahora son las fiscalías las que se encuentran abarrotadas de expedientes (carpetas).

Se ha incidido hasta el cansancio en la “lucha contra la corrupción” como el factor decisivo a este problema, cuando en realidad, estos actos se manifiestan fundamentalmente en las decisiones finales de los jueces y rara vez sobre la dilación o paralización de los procesos. En otras palabras “aunque no existiera la corruptela, aun así, el proceso seguiría siendo lento e inoperante”.

El Concejo Ejecutivo del Poder Judicial en un esfuerzo por agilizar las tramitaciones como de conseguir la rápida culminación, estableció metas de producción estimativa para todos los órganos jurisdiccionales, con la finalidad de evaluar los índices de producción, y con ello el rendimiento de los magistrados; pero esta medida tampoco dio resultado porque simplemente la carga laboral sobrepasaba las posibilidades humanas de trabajo.

En los últimos años, el Consejo Ejecutivo en una clara muestra de su preocupación por impulsar y motivar a los jueces a resolver y culminar sus expedientes en la mayor cantidad posible, optó por premiar con un bono especial a los órganos jurisdiccionales que obtienen los mejores índices de producción anual.

No obstante, dicha medida igualmente ha fracasado porque pese a notarse una mayor productividad en los reportes estadísticos, la carga procesal no muestra una disminución

importante, y esto obedece a que algunos órganos jurisdiccionales emitieron masivamente “resoluciones definitivas” carente de fundamentos o en otros casos, difiriendo de la propia normatividad, con el único afán de aparecer como “sobresaliente”, cuando en realidad estas resoluciones por ser defectuosas resultaban posteriormente revocadas y, consiguientemente, los proceso que supuestamente estaban concluidos, volvían a su tramitación.

Como podemos advertir de estos constantes intentos por mejorar la administración de justicia, la tan reclamada celeridad procesal nunca apareció.

Desde nuestra posición, entendemos que si bien debe reconocerse que son diversos los factores que intervienen en este problema, el más importante e influyente factor resulta ser la concepción ideológica con que los jueces asumen el desarrollo del proceso.

Las nuevas corrientes en materia de derechos humanos han incidido en la observancia irrestricta de ellos, y esta nueva concepción se ve reflejada en los jueces, cuando tienen a cargo la tramitación de un proceso.

Muchos magistrados imbuidos de esta concepción excesivamente garantista intentan hacer de cada caso “un proceso perfecto”. Vale decir que no solo cuente con todas las garantías, sino que, además, éstas sean aplicadas de manera amplia sin limitación alguna, sin advertir que un proceso revestido de tantas formalidades no puede desarrollarse óptimamente en razón a que se encuentra permanentemente expuesto a nulidades y observaciones que lo retrotraen continuamente haciéndolo casi interminable y en algunos casos generando impunidad, como sucede con la prescripción.

Se ha distorsionado entonces la naturaleza misma del proceso ya que en lugar de ser entendido como un medio (carácter instrumental) se ha convertido para muchos como un fin.

1.4.1. Antecedentes nacionales

Existen muy pocas referencias en nuestro medio sobre este problema, no obstante, hemos podido considerar las concepciones que aparecen en algunos artículos publicados en revistas o textos jurídicos, entre las que podemos mencionar:

Bazán y Pereira (2012) citando a Reggiardo: “Problemas y soluciones al derecho de acceso a la Justicia en el Perú”, Sostienen que la administración de justicia en el Perú muestra una clara deficiencia desde el momento en que un ciudadano trata de acceder al proceso para hacer valer sus derechos. Esto tiene como consecuencia que la mayoría de la población perciba negativamente a los órganos jurisdiccionales, generando un resquebrajamiento en la institucionalidad que este poder debería ostentar.

García (2008) “Lecciones de derecho Penal”, en el que el destacado profesor Universitario expone los cuestionamientos que se vierten sobre el derecho penal como instrumento idóneo para enfrentar la criminalidad. Considera así mismo que la falta de eficacia puede ser resuelta a través de una adecuada reestructuración, destacando la importancia de la criminología para el sistema penal.

Urquiza (2010) “Necesidad de limitar la intervención penal”, en el que se resalta la tendencia punitiva del derecho penal y la necesidad de limitar esa intervención. Dicho autor considera que el Estado solo es un administrador de recursos y ejecutor de la gestión pública y no para declararse poderoso frente a los ciudadanos.

García (2014) “El proceso judicial versus el proceso mediático”. El mencionado autor realiza una crítica a los medios de información, que influye negativamente sobre las decisiones judiciales. En su opinión la práctica desmesurada en que incurren los medios de comunicación a través del ejercicio periodístico puede devenir en prácticas abusivas, sin embargo, resalta la importancia de la publicidad en la administración de justicia.

Chinchay (2010) “El Derecho a la verdad y el nuevo proceso penal”. En este artículo, el autor muestra su disconformidad con la postura restrictiva del derecho a la verdad, es decir sobre los que consideran que este derecho solo tendría relación con la violación de derechos humanos. En su concepción este derecho debe ser considerado tanto en el aspecto colectivo como particular, porque en todos ellos existen familiares que desean conocer a los autores del delito, como también sobre la forma en que ocurrieron los hechos.

Pereira (2010) “El Derecho Penal Constitucional- interpretación y aplicación”, editado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, “Judicialización de Violaciones de Derechos Humanos, Aportes sustantivos y procesales”. Se analiza la aplicación de las reglas y principios en los casos en que ocurre un conflicto entre ellos, así como también la necesidad de recurrir a la ponderación ante casos concretos. Se incide así mismo, en el derecho a la verdad como principio implícito.

Villegas (2013) “La presunción de inocencia y su plasmación como garantía constitucional del proceso penal”, editado por Gaceta penal y procesal penal, “Principios fundamentales del nuevo proceso penal”. Se señala la importancia de este principio constitucional como también la necesidad de atender la seguridad, bajo el presupuesto de que no hay libertad plena sin seguridad, ni seguridad real si se atenta contra la libertad, como también el hecho de que la actividad del poder público es el descubrimiento de los delitos, pero salvaguardando las garantías del ciudadano.

Salas (2010) “Principios fundamentales del nuevo proceso penal”. En esta obra se distingue las diversas concepciones de la verdad en el proceso penal explicando la tesis “cognocitivist”, y la “persuasiva”, de igual manera hace una distinción entre verdad y prueba.

Velásquez (2009) “Restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el proceso penal”. En esta parte de su obra el autor se pronuncia sobre las

estrategias de la investigación policial en su lucha contra el crimen, manifestando su desacuerdo con dichas técnicas a las que considera completamente vulneradoras a los derechos fundamentales. No obstante, reconoce que estas formas de restricciones se vienen manifestando con el paso del tiempo.

Salas (2008) “Control Judicial en el Estado Constitucional”. En este artículo el autor, expone su preocupación por la “globalización” a la que según su posición ha traído efectos negativos para el derecho penal por las restricciones que produce a las garantías fundamentales. (A mayor globalización, mayor afectación de la dignidad de la persona humana).

Castillo (2002) “Principios del Derecho Penal Parte General”. El destacado profesor universitario, se decanta por la posición minimalista reclamando una menor intervención del derecho penal, dado que este instrumento estatal resulta muy gravoso para las libertades de las personas, por ello enfatiza que la mejor política criminal de un Estado es aquella que prescinde del derecho penal para combatir el crimen dado que las causas de los

Peña (2011) “Los medios de impugnación en el código procesal penal, problemas de aplicación del código procesal penal del 004”. En éste libro el autor dedica un espacio a destacar la importancia de la eficacia en el proceso penal, como es la concreción real de las normas penales, la reafirmación de la justicia contenida en la sanción de los trasgresores y la confirmación de la confianza en los ciudadanos hacia el sistema penal.

Gálvez (s.f.) “Delito de enriquecimiento ilícito”. El conocido jurista nacional reconoce que la globalización trae algunas exigencias en el derecho penal por la incidencia de nuevos delitos, lo cuales requieren una atención más eficaz, sobre todo en esta época de alta incidencia de los delitos de corrupción a nivel internacional y en donde se reclama una flexibilización de las categorías y la relativización de los principios “.

Espinoza (2003) “La Reforma del Proceso Penal Peruano”. A propósito de la ley de celeridad y eficacia procesal”. En éste artículo, el autor hace referencia a los cambios importantes que se han venido dando en materia de eficiencia en el campo penal, tanto nacional como extranjero, todos como parte de una nueva política dirigida a obtener lograr la celeridad en los procesos penales y atender las constantes exigencias al respeto de un derecho a tener un proceso sin dilaciones indebidas y por otro, procurar una mayor eficacia en la resolución de los conflictos derivados del delito”.

Bazalar (2015) “El proceso inmediato según el decreto legislativo Nro. 1194. Especial referencia a la omisión a la asistencia familiar”. En este trabajo, el mencionado autor exponiendo una postura garantista, expone sus discrepancias con estas decisiones legislativas tendientes a lograr la mayor celeridad en los procesos penales, señalando que estos procesos que buscan la celeridad vulneran derechos fundamentales.

Espinoza (2014) ¿Cómo cambiará el T.C con su nuevo precedente?”. En ésta entrevista publicada en una revista jurídica el integrante del Tribunal Constitucional Eloy Espinoza Saldaña explica la importancia de la decisión de declarar la improcedencia de plano de muchas demandas por el exceso de recursos sin fundamentos que atiborran la carga de éste organismo perjudicando además al justiciable y con ello a la credibilidad del propio Tribunal.

Basaez (2012) “La verdad en el proceso penal”. En éste artículo, el referido autor, defiende la postura garantista absoluta y entiende que la garantía a un Juez imparcial demanda la concepción de un Juez como un tercero completamente neutro y desprovisto de cualquier interés de encontrar la verdad real en el proceso.

Nakasaki (2009) “El Juicio Oral”. Lo nuevo del Código Procesal Penal del 004, sobre la etapa del Juicio oral.“. El conocido penalista, se adhiere también a esta postura garantista de asumir un sistema adversarial puro, es decir que el delito es visto como un conflicto de

intereses privado, y donde el Juez no puede tener ningún rol activo, y solo debe limitarse a decidir la controversia.

Benavente (2014) “La prueba oficiosa. Ensayo sobre su justificación en un modelo que busca el esclarecimiento de los hechos y no la mera persuasión”. Resaltando la importancia de la prueba como la búsqueda de la verdad, el referido profesor universitario se distancia de aquellos que consideran al proceso penal como un conflicto privado y por el contrario explica en éste libro la importancia de la verdad histórica de la prueba y su concordancia con las resoluciones justas.

Salas (2012) “La actividad probatoria en el nuevo proceso penal: recolección, ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de la prueba. La prueba en el Código Procesal Penal del 004”. Si bien el autor reconoce la importancia de las garantías en el proceso penal, también contempla la necesidad de que éste garantismo vaya acompañado de la eficiencia para una adecuada aplicación del derecho penal.

Alcócer (2014) “Introducción al Derecho Penal – Parte General”. En dicha obra se defiende la importancia del derecho penal como un recurso necesario del cual no podemos prescindir, como también de la función preventiva general de la pena, indicándose que la misma no solo mirar al pasado sino también hacia el futuro (orientada a la evitación de comportamientos delictivos).

Vizcardo (2015) “El nuevo delito de sicariato y los esfuerzos políticos – criminales para sancionar los homicidios cometidos por lucro, precio, recompensa y codicia”. El tema de la inseguridad ciudadana es puesto en análisis por el referido autor quien se dedica a desarrollar sus conceptos. Concluyendo que la inseguridad afecta la esencia misma de la dignidad humana y la vida en sociedad, de tal manera que es posible afirmar que sin seguridad no hay ejercicio posible igualitario de los derechos de las personas.

Prado (2015) Prólogo “ Estudios de política criminal, actuales tendencias”. El destacado Magistrado, enfoca el problema de la criminalidad y de la inseguridad ciudadana, como también la importancia de los efectos preventivos de la pena, no obstante es de la idea que debe buscarse el punto de equilibrio entre estos dos intereses como son la sociedad y el individuo, como de eficacia y libertad.

Gálvez (2001) “Delito de enriquecimiento ilícito”. El mencionado autor expone en un apartado de su libro los efectos de la globalización en el derecho penal y la flexibilización que se vienen dando en el proceso sobre las garantías, como producto de las exigencias a las apariciones de nuevas formas de criminalidad.

Mendoza (2012) “Formulismo procedimental y deformación de la verdad, las liturgias de poder manipular la verdad. La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo”. En este estudio, el autor pone de manifiesto el problema que puede conllevar el excesivo formalismo, por ello invoca a una lucha diaria contra lo que él denomina “procedimentalismo rutinario”, advirtiendo de sus efectos nocivos y nefastos en el proceso penal.

1.4.2. Antecedentes internacionales

Se ha tomado como referencias algunos ensayos de autores extranjeros (españoles, colombianos, argentinos, mexicanos, entre otros), tales como:

Alcarcel (2002) "Prevención y Garantía". El autor destaca la relación de las categorías prevención/garantías, pero a su vez expresa que entre ellas ocurre un permanente conflicto porque si bien “a mayor prevención mayor detrimento de las garantías”, el conflicto surge también desde la perspectiva inversa: “a mayor maximización de las garantías menor funcionalidad preventiva de la pena en su cometido de protección de esferas de libertad”, dado que las garantías individuales operan como espacios de libertad limitadores de la intervención penal.

Gómez (2014) “Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal”. El jurista español señala que la finalidad del proceso penal no es la de averiguación de la verdad material porque esta tendría un amargo sabor a inquisitivo. Se destaca así mismo la concepción que se maneja en otros países como sucede en los Estados Unidos, donde la verdad material no es el objetivo principal del proceso.

Maier (2015) “Estado Democrático de Derecho- Derecho Penal y procedimiento penal”. El Autor Argentino considera que el derecho penal es una regulación hipócritamente injusta y deshonesta porque se intentan solucionar problemas de la llamada sociedad de riesgos burlando sus barreras y lesionando los principios jurídicos del Estado de Derecho.

Ferrajoli citado por LLobet (2013) “La Actualidad del Pensamiento de Becaría”. Ferrajoli, es considerado el principal impulsor y defensor del garantismo en nuestro tiempo, dicho jurista italiano se opone a cualquier restricción que pueda darse sobre los derechos fundamentales, poniendo énfasis en el deber de garantizar las condiciones mínimas de una subsistencia digna para todas las personas”.

Bello (2013) “Derecho Penal y Garantismo”. Derecho Penal y Crítica al poder punitivo del Estado. El referido jurista colombiano considera que el garantismo y neoconstitucionalismo mantienen mucha afinidad porque ambos se oponen a toda forma de restricción de los derechos del individuo.

Pérez (2008) “Inspecciones, registros e intervenciones Corporales”. La catedrática Española, explica en este artículo la importancia de limitar los derechos fundamentales, señalando que si esto no fuera así, entonces el derecho penal fracasaría. No obstante, recuerda que ante una colisión de principios que obliga al retroceso de ellos, esta restricción no puede ser de tal fuerza que incida directamente en su contenido más básico, es decir que el retroceso no puede ser de tal entidad que vacíe de su contenido.

Asencio (2012) “Activismo y Garantismo. Un dilema artificial”. El jurista español expone su crítica contra el llamado nuevo garantismo, que rechaza cualquier intervención del Juez y contrariamente defiende la intervención en algunas situaciones con fines de hallar la verdad material. Considera que mantener esta posición de abstencionismo judicial absoluto significa un retroceso.

Taruffo (2006) “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. Según el mencionado autor, el sentido que debe atribuirse a la posición del Juez depende de cómo se conciba la función de juzgar. Si se sostienen como lo hacen muchos que el Juez solo tiene un rol de un árbitro pasivo en el debate de las partes, con la única función de sancionar las violaciones de las reglas de juego, entonces nos espera que el Juez establezca la verdad de los hechos.

Alcárcel (2002) “Prevención y Garantías: Conflicto y Síntesis”. El mencionado jurista colombiano, enfoca el problema central que se presenta en la actualidad referido al conflicto entre la prevención y las garantías, y la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre ellas. Puesto que ambos intereses se encuentran en extremos opuestos.

Binder (2013) “Tensiones políticas – criminales en el proceso penal - Derecho Procesal Penal”. Binder, explica en esta obra las contradicciones de los intereses que concurren en el proceso penal a lo que él denomina su “antimonía” o sus “tensiones” que dificultan encontrar una armonía entre ellos dado el carácter contrapuesto que poseen, no obstante, al igual que otros autores demandan la búsqueda del punto de equilibrio entre ellos.

Corcoy (2010) “La interpretación en derecho penal. Favor libertatis versus favor securitatis. Indubio pro reo versus indubio contra reo”. Corcoy Bidasolo, asumiendo una postura garantista y por la tanto minimalista del derecho penal, manifiesta su preocupación sobre la extensión del derecho penal, y considera desde su punto de vista de que la finalidad del derecho penal no sería la de realizar la justicia.

Fabricius (2009) “Lo que deja un derecho penal sin pena” Consecuencias Jurídicas del delito”. El mencionado autor, resalta la importancia de la función preventiva general de la pena, y con ello el principio de la publicidad de los procesos, señalando que los objetivos de la estabilización de la confianza en la norma y la integración normativa solo se pueden cumplir con la publicidad del proceso, y que además, la función disuasiva que cumple la pena opera eventualmente si el proceso y su resultado son de carácter público.

Zaffaroni (2005) “Manual de Derecho Penal. Parte general”. El jurista y magistrado argentino, defensor del garantismo, expone en su libro, una manifiesta crítica al poder punitivo, reafirmando su posición que la función del derecho penal es la de limitar reducir la función de Estado para que éste no sea brutal y totalitario.

Silva (2010) “La primera lesión del Derecho Penal”. En esta obra advertimos las posiciones radicales del garantismo, la cual se ve manifestada por los diferentes conceptos negativos que le son asignados, y que el mencionado autor lo devela es así que al derecho penal se le asimila por éste sector como sinónimo de castigo, cárcel y patíbulo. Con el consiguiente efecto de terror que ello despierta.

Scheerer (2002). “La pena criminal como herencia cultural de la humanidad”. Se expone en este artículo la concepción negativa del derecho penal, asumiéndolo como algunos garantistas radicales como un medio que favorece al bien común, por el contrario, es considerado como un instrumento de dominación para la comunidad.

Recasens (1959) “Tratado General de Filosofía del Derecho”. El reconocido filósofo, expone en su obra una defensa a la existencia del derecho penal, afirmando su importancia como defensa a los comportamientos lesivos contra los bienes jurídicos, los cuales no pueden dejarse supeditada al buen comportamiento que debieran guardar las demás personas, porque si bien son una buena aspiración humana ello no ocurre en la realidad.

Silva (2006) “La expansión del Derecho penal”, Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales. El mencionado autor aborda el problema de la expansión del derecho penal, y según su percepción en el derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional, será un derecho desde luego crecientemente unificado pero también menos garantista.

Taruffo (2006) “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. Se defiende este artículo la postura activa del juez oponiéndose a la concepción pasiva judicial propio de los garantistas que niegan un rol activo del juez. El mencionado autor por el contrario se contrapone a estas posturas que asimilan la función del juez a la de un simple árbitro que solo controla las reglas de juego y sin intereses sobre la real de los hechos.

García (2008) “Criminología”, Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente. Se destaca en esta obra la necesidad de seguir contando con el derecho penal, contestando así a las otras versiones garantistas radicales que demandan la desaparición del derecho penal.

Bernd (2009) “La justicia restaurativa en Alemania, balances y perspectivas”. Para el jurista argentino los mecanismos de justicia restaurativa aún siguen manteniendo cuestionamientos, y por otro lado sostienen que la acusación sobre el derecho penal hecha por los abolicionistas en la actualidad ya no se sostienen.

1.5 Justificación de la investigación

El presente se justifica por los constantes cuestionamientos que se vienen dando sobre el sistema de justicia como también sobre las críticas que se vierten al derecho penal como instrumento idóneo para enfrentar el delito.

La incursión de nuevos mecanismo simplificadores como son los "acuerdos reparatorios" y "principio de oportunidad" seguido de instituciones consensuadas como la "terminación anticipada" y la "conclusión anticipada del juicio oral", son claros ejemplos de

la necesidad de viabilizar y simplificar los juicios penales, empero>si bien a través de estos dispositivos se puede alcanzar la tan ansiada celeridad, ésta viabilización se logra a costa de la vulneración de algunos principios básicos del derecho penal.

La introducción de estas instituciones pone en discusión los conceptos mismos de *justicia" "verdad material", "interés público", "prevención general de la pena", "actuaciones oficiosas", entre otros aspectos que son fundamentales para el derecho penal.

Merece reflexión entonces el hipergarantismo que se viene acentuando en nuestro medio cuyos efectos nocivos ya se vienen delatando en el letargo e inoperancia de la justicia penal, como también con la introducción de dichos nuevos mecanismos de fácil solución pero que son calificados por algunos juristas como verdaderos "cuerpos extraños" en el derecho penal.

1.6 Limitaciones de la investigación

Si bien se cuenta con abundante bibliografía sobre los problemas de la administración de justicia y los diversos proyectos que se hicieron sobre su reforma, no así, se ha logrado encontrar otros trabajos de investigación que desarrolle estas posturas ideológicas de los jueces como principal factor de la ineficiencia del proceso.

Tampoco se podido contar con textos que enfoque de manera concreta las consecuencias nefastas que trae la aplicación desmedida de las garantías.

Consecuentemente las limitaciones estuvieron dadas por la falta de tratados sobre este tema específico.

1.7 Objetivos

1.7.1 Objetivo General

Determinar como el excesivo garantismo genera efectos perniciosos en el proceso penal peruano.

1.7.2 *Objetivo Específico*

Identificar el nivel de influencia del excesivo garantismo en el proceso penal peruano.

Identificar cuáles son los factores que originan el excesivo garantismo.

1.8 *Hipótesis*

1.8.1 *Hipótesis general*

El excesivo garantismo genera efectos perniciosos en el Proceso Penal Peruano.

1.8.2 *Hipótesis específicas*

El nivel de influencia del excesivo garantismo en el Proceso Penal Peruano es directo y significativo.

Existen factores que originan el excesivo garantismo en el proceso penal peruano.

II. MARCO TEÓRICO

2.1 Marco Conceptual

2.1.1. *El liberalismo*

Considerando que el presente trabajo se enmarca en un análisis crítico sobre las posturas radicales del garantismo, y sus consiguientes efectos negativos para el sistema de justicia, resulta indispensable iniciar la exposición refiriéndonos a los orígenes y evoluciones de esta corriente doctrinaria.

Conforme lo refiere Villegas (2015), “(...) la doctrina liberal y el iusnaturalismo racionalista de la ilustración, constituyeron el fundamento ideológico y filosófico que condujo al fenómeno de la positivización de los derechos fundamentales” (p. 60).

Como hemos venido señalando, el garantismo tiene su origen en el pensamiento del liberalismo, surgido en la época moderna, en donde se pone en controversia los límites del poder del Estado frente al individuo.

El liberalismo es una de las corrientes que aparecen con la revolución francesa, como una protesta contra el totalitarismo propio de la monarquía y como lo precisa el Ferrero (1971), el totalitarismo “preconizaba la máxima intervención del Estado en todas las esferas de la vida humana, absolviendo al hombre en su totalidad bajo la concepción de la existencia de un alma supra personal como era la sociedad colectiva”.

Estas ideologías ya venían concebidas desde la antigüedad griega y romana donde Platón y Aristóteles preconizaban la existencia del Estado como el valor supremo de la sociedad y que el hombre no se pertenecía a sí mismo, sino al Estado.

Platón consideraba que el gobierno debería estar en manos de los filósofos quienes serían los únicos que podrían penetrar el mundo de las ideas. Aristóteles por su parte, entendía que el Estado era el fin de todas las comunidades y que el hombre estaba destinado a formar esas comunidades. Posteriormente otros filósofos de la edad media como Hobbes

(2007) adoptaron al señalar que el hombre se encuentra en un estado de guerra y para protegerse crea al Estado a quien les traspasa sus derechos de tal modo que con la república aparecen los derechos, sin Estado no existiría la justicia ni la injusticia.

En contraposición a esta concepción totalitaria que reinaba en ese tiempo, es que aparece una nueva visión sustentada en los derechos del individuo frente al Estado, en razón a ello se le conoce también a este pensamiento como “individualismo” en contraposición con el comunitarismo que se estableció en esa época.

A través de esta concepción se prevalece la libertad como una de las garantías esenciales de la persona humana restringiendo la intervención del Estado en las relaciones sociales y comerciales. Este movimiento significó un cambio de la concepción colectivista que se tenía hasta ese entonces y en su lugar se asumió que la persona humana debería ser el interés primordial. El Estado no podía tener un fin en sí mismo, como si sucede con el hombre.

Posteriormente se denominó a este movimiento como “liberalismo” porque se consideraba que la sociedad civil había venido constriñendo esas libertades esenciales del individuo. El término “liberal” se erigió entonces como lo contrario a “servil”. El interés de la comunidad ya no podría estar por encima de los derechos del individuo. El Estado dejó de ser visto como un amo y en su lugar se le concibió como un protector de la persona. Se pasó entonces a una nueva concepción de este organismo denominándose a partir de entonces como “Estado de derecho” ya que ahora estaba sometido a las leyes en lugar del gobierno de hombres.

Las ideas de Kant sobre el valor absoluto de la persona humana fue la inspiración, de esta corriente que puso al individuo como el interés primordial de la sociedad ya que ésta se constituye como un fin en sí mismo, y deja de ser un medio para obtener otros intereses. El

Estado consecuentemente, solo debería velar y proteger los derechos individuales, básicamente sus funciones son limitadas al cuidado del orden público.

En opinión de Ferrero (1971), citando a Kant, la expresión del liberalismo resultaba exagerada en cuanto sobre dimensionaba a la libertad al considerarla no como un medio sino como un fin, toda vez que admite situaciones donde el hombre puede dar su vida por la de los demás, sin que ello signifique sacrificar su esencia de ser un valor supremo.

Desde su punto de vista, esta manifestación del individualismo constituye la versión extrema del humanismo, tal como sucede con el totalitarismo que es la exageración del comunitarismo.

Con el liberalismo entonces se afirmó el individuo como valor supremo y como centro del universo, y como consecuencia de este nuevo pensamiento se produjo una serie de cambios en la sociedad principalmente en el ámbito comercial y dando lugar posteriormente al establecimiento de los derechos fundamentales de la persona.

Según el Recasens (1959), "(...) el liberalismo culminó en una concepción del que el Derecho tiene por fin hacer posible la coexistencia de las libertades individuales de tal manera que cada sujeto pueda gozar del máximo de sus libertades". Es decir, que apuntó a la obtención de la "máxima libertad para el individuo" (p. 515).

Para Raúl Ferrero, dichas concepciones no deben ser excluyentes, sino por el contrario ambos se complementan. El Estado no solo debe proteger al individuo sino además crear las condiciones para desarrollar sus derechos. Su función entonces resulta vital para la realización del individuo ya que éste por sí solo no puede proyectar estas exigencias.

Coincidimos con el mencionado autor de que solo a través del Estado el hombre puede alcanzar la seguridad jurídica y la justicia, valores que no podría lograr solo, pero este individuo tiene a su vez deberes para el Estado.

Es innegable que las concepciones del personalismo (individualismo) y el traspersonalismo (comunitarismo) son opuestas, pero ello no significa que siempre resulten irreconciliables, habida cuenta que los valores sociales también tienen fines humanistas, como sucede con la solidaridad, honestidad y justicia.

Por otro lado, no debemos de perder de vista que la persona humana es esencialmente social y en este contexto, la organización social opera como un medio para encarnar y hacer efectivos dichos valores.

No podemos dejar de señalar, que para otros estas concepciones son diametralmente opuestas, de tal modo que o bien el Individuo vive para el Estado o el Estado está al servicio del individuo, y siendo así es imposible encontrar una armonía entre ellos. Según dicha posición, cualquier intento de conciliación resultaría absurdo, porque no se puede conciliar en absoluto con Dios y con el Diablo.

Pareciera que la actualidad hubiese recobrado vigencia esta última posición en algunos críticos del derecho penal, (hipergarantistas), que frecuentemente aluden al poder punitivo del Estado que representa los intereses de la sociedad y que se manifiesta a través del derecho penal como un monstruo gigantesco del cual hay que enfrentar y combatir constantemente.

2.1.2. El garantismo

Tal como lo hemos venido indicando, el garantismo es el pensamiento jurídico devenido del liberalismo, el cual surgió a mediados del siglo XVIII con los pensamientos filosóficos de Kant, que consideraba al hombre como un fin en sí mismo.

Para la Vásquez (2008), las garantías constituyen mecanismos jurídicos procesales que tienen como fin asegurar la vigencia y efectividad de los derechos. Dichas garantías tienen como finalidad no solo la defensa de los derechos constitucionales sino también la estructura del orden jurídico.

Pedro Salazar (2012) por su parte, lo define como el conjunto de límites y vínculos impuestos por leyes a todos los poderes públicos y privados por el cual se tutela los derechos fundamentales.

Gascon (2012) en tanto, entiende al garantismo como una tesis metodológica de aproximación al derecho que mantienen la separación entre el “ser” y “debe ser”, y rige en los diversos planos de análisis jurídico.

Concepto que es seguido por Balcázar (2014) al referir que el garantismo vendría a ser la separación entre “el derecho es” y “el derecho que debiera ser”, toda vez que “(...) la existencia del Derecho es una cosa, y su mérito o desmérito es otra” (p.134).

Según esta concepción, de corte positivista el “ser” estaría representado por el Derecho, en tanto que el “debe ser” estaría dado por la Constitución sustantiva. Esto sería así, en cuanto el garantismo se asienta en un Estado democrático de derecho, de tal manera que no toda norma resulta válida por un análisis puramente formal, sino que debe ser cotejada con los preceptos y principios de la constitución, vale decir desde su aspecto material.

Se atribuye a Ferrajoli (2009) como propulsor de esta teoría con su obra “Derecho y razón”. Esta teoría que tiene sus inicios desde la culminación de la segunda guerra mundial, y resurge aproximadamente en 1989, teniendo como idea elemental que el poder político debe limitarse a través de instituciones o mecanismos jurídicos para proteger al individuo.

Con el concepto de garantismo, se designa entonces al catálogo de derechos del individuo introducidos en la constitución, los cuales se ven manifestados por los siguientes caracteres:

- La división de poderes establecidos en la constitución.
- La implementación de mecanismos de protección contra las posibles vulneraciones a los derechos individuales.
- La creación de mecanismos de protección a la propia constitución.

Para Ferrajoli, citado por Llobet (2013), el garantismo supone una preocupación por el respeto de los derechos humanos y por la justicia penal, como también se exige del Estado el deber de garantizar las condiciones mínimas de una subsistencia digna para todas las personas.

Según este autor la filosofía garantista se sustenta en los siguientes principios:

- Principio de separación jurisdiccional entre derecho válido y derecho justo. consiste en que los jueces no debería interpretar y aplicar un derecho que ellos suponen como justo partiendo del derecho establecido. A este principio se le conoce también como “rechazo al moralismo jurisdiccional”.
- Principio de separación entre derecho y moral. Referido a que los legisladores no deben usar como instrumento al derecho para imponer sus concepciones morales. Se le conoce también como “rechazo al moralismo jurídico”.

Conforme lo destaca Chiassoni (2012) estos principios representan los límites al poder de los jueces y a su arbitrio moral como también un parámetro a los legisladores y su injerencia en la vida moral de las personas.

De acuerdo a ésta tesis, se trata de profundizar y ampliar las garantías individuales pero a su vez dotarlas de contenido, es decir que se pasa de ser unas garantías puramente formales a una garantías materiales, que consiste en la vinculación de todos los poderes públicos a los normas constitucionales.

Se dice por ello, que el garantismo y Estado social de derechos están estrechamente relacionados, en razón a que en este nuevo Estado se prevalece y se fomenta el respeto de las garantías. No obstante últimamente se considera que el garantismo se aproxima más bien al neoconstitucionalismo, puesto que ya desde hace algún tiempo se viene destacando la relevancia constitucional en el proceso penal.

Ballena (2014) destaca esta relación indesligable entre el derecho constitucional y el derecho procesal, toda vez, a través de este instrumento tiene lugar el conflicto entre el poder punitivo del Estado y la libertad de la persona. El proceso penal consecuentemente se erige como el instrumento de medición de un Estado.

Esta apreciación también es compartida por Adrián (2014), quien señala que el proceso penal es el que pone a prueba el funcionamiento real de un Estado Constitucional, de tal modo que si el proceso penal resulta garantista entonces se podría sostener que estamos ante un Estado constitucional de Derecho.

Como se sabe, el liberalismo se dio lugar a la creación del Estado de democrático de Derecho, pero luego a mediados del siglo XX esta concepción fue reemplazada por el Estado Constitucional de Derecho, el neo constitucionalismo se afianza en este modelo de Estado, y surge como respuesta contra la crisis que enfrentaba el constitucionalismo para resolver los problemas que se presentaban en su relación con la política.

El neo constitucionalismo entonces es conocido también como Constitucionalismo contemporáneo, porque demanda un rol más activo del Estado frente al individuo, es decir que como lo apunta Sosa (2009); es la consagración de la persona como fin en sí mismo, y a su dignidad, como valor y principio rector, produciéndose por ello la positivización de los derechos fundamentales. La Constitución entonces irradia fuerza normativa porque vincula a todos los poderes públicos tanto en su sentido formal como material.

Bello (2013) coincidiendo con dicha tesis afirma por su parte de que ambas corrientes, garantismo y neoconstitucionalismo, se confunden, ya que se erigen en contraposición a las ideologías que restringían la libertad.

Cabe señalar que un Estado constitucional garantista se sustenta en su Constitución rígida, y ésta es precisamente una de las garantías esenciales, en tanto que otorga solidez y

estabilidad a la vigencia de los derechos de la persona, y así mismo a diferencia del positivismo vincula la moral con el derecho, como un test de validez de la norma.

Ferrajoli (2007) considera que desde un plano constitucional las garantías pueden calificarse de:

Primarias. - Son de carácter negativo porque está referida a la reforma de la constitución.

Secundarias. - Son positivas y conciernen a los controles de la constitución. (Los mecanismo por el cual se protege la supremacía de la constitución como se sabe, son el “control difuso” o el “control concentrado”).

Otros autores como Ibañes (2013) en cambio, clasifican a las garantías desde su vertiente jurisdiccional afirmando que éstas pueden ser:

Primarias.- Cuando están referidas a la tutela de los derechos fundamentales de las personas.

Secundarias.- Cuando se dé la reparación por la afectación a los mencionados derechos.

El garantismo entonces fue una doctrina proveniente de la corriente liberar que restringió los poderes absolutos que tenía la monarquía en ese tiempo y que dio paso a una nueva organización social regida por una Constitución cuyas normas y principios ligaban a todos los poderes del Estado y en donde los derechos de la persona se constituyeron como límites a ese poder.

Centrándonos específicamente en las garantías de carácter jurisdiccional, veremos que dichas garantías están centradas en el respeto de sus derechos que asisten a todo procesado y que se consignan en la Constitución, como también los establecidos en los acuerdos internacionales.

En nuestro Código Procesal Penal lo podemos encontrar en las disposiciones del título preliminar, principalmente en sus artículos tercero y noveno en donde se señala lo siguiente:

Título preliminar, artículo III

“Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la constitución y en este código. Los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su existencia”.

Título preliminar, artículo IX

“Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o en su caso por un abogado de oficio desde que es citada o detenida por la autoridad. Tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; ejercer su autodefensa material, a intervenir en plena igualdad en la actividad probatoria, y en las condicione previstas por la ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defesa se extiende a todo estado y grado del proceso en la forma y oportunidad que la ley señala”.

En nuestra Constitución Política del Perú lo encontramos en los artículos, como también del artículo 139.

Artículo. - Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie e debe ser discriminado por motivos de origen, raza, idioma, religión, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole”.

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

- La observancia del debido proceso y la tutela judicial efectiva.
- La publicidad de los procesos.

- La motivación de las resoluciones.
- La aplicación de la ley más favorable al procesado.
- El de no ser privado del derecho de defensa.
- De ser informada inmediatamente sobre las razones de su detención.
- Y otras que allí se establecen.

Con el paso de los años las garantías del individuo se fueron extendiendo, fortaleciendo y consolidando en base a los principios de “Pro homine”, y “Pro libertatis” que invocan las interpretaciones a favor de los derechos de libertad e igualdad. De igual modo, se establecieron criterios de “progresividad” y “expansividad” y “universalidad” de los derechos fundamentales.

En nuestro medio la corriente garantista se vio manifiesta con la incorporación del Nuevo código procesal penal, la cual dejó atrás el anterior código de procedimientos penales, de corte inquisitivo (el Juez investigaba y sancionaba), y en su lugar se implantó el sistema acusatorio (El fiscal es el que investiga y acusa, mientras que el juez sentencia) y adversarial (se promueve el debate entre las partes), donde el Juez actúa como tercero imparcial que cuida el cumplimiento de las garantías y emite sentencia.

Este nuevo sistema es llamado “garantista” porque prevalecen los principios de igualdad y defensa del inculgado en todos los actos procesales, para ello se establecen una serie de audiencias en donde se emiten las decisiones oyendo previamente a las partes.

Resumiendo, entonces podemos decir que el garantismo es una corriente que busca proteger al ciudadano de la arbitrariedad estatal, manteniendo los lineamientos clásicos del derecho penal, y del derecho constitucional, así como también del derecho internacional, prevaleciendo y profundizando los derechos del individuo. En otras palabras, constituye en sí, todo un conjunto de garantía que permite legitimar el ordenamiento punitivo.

2.1.3. El hipergarantismo

Es difícil proponer alguna medida tendiente a mejorar y agilizar el proceso penal sin despertar de manera inmediata la reacción de los garantistas. Estos últimos han polarizado ambos intereses a tal límite de hacerlo prácticamente “irreconciliables. Esta situación se manifiesta con “rótulos” que suelen ponerse a las medidas adoptadas por el gobierno con la finalidad de obtener la celeridad de los procesos.

A estas acciones se les ha denominado como: “derecho penal del enemigo”, que pertenece a un “Estado totalitario”, que está orientado a la “lucha contra el crimen”, que se busca imponer un “Estado policial” sustentado en un “derecho penal de la seguridad”, donde reine “la ley y el orden” y en donde “se subordina el derecho penal a los intereses políticos” que se ha pasado de un “Estado de derecho a un Estado de prevención”, entre otros calificativos.

Se dice, asimismo, que toda forma de punición implica la “expansión del derecho penal” incompatible con sus principios de la “mínima intervención” y que cualquier flexibilización de las garantías es “contraria a un Estado democrático de derecho”.

Se afirma del mismo modo, que cualesquiera medidas restrictivas, permitiría volver al “autoritarismo” propio de la época de la monarquía, y que bajo el pretexto de la seguridad, se instrumentalizaría al derecho penal para “establecer una sociedad sometida al terror”, que “se volvería al sistema inquisitivo”, y que se “admitiría la tortura” para obtener confesiones y lograr sentencias condenatorias, para con ello “satisfacer los sentimientos de venganza” que demanda la población.

En síntesis, se ha satanizado a toda idea reformista que conlleve a la relativización de algunos derechos en favor de la celeridad procesal.

Lo paradójico de esto, es que aquellos que se oponen a los cambios son los mismos que cuestionan al sistema penal como inoperativo e ineficaz, e incluso propugnan la desaparición del derecho penal tildándolo de ser un fracaso en la obtención de la paz social.

Todas estas ideas provienen de ese sector extremo del garantismo, que busca frenar cualquier iniciativa de simplificación procesal y en su lugar reclaman la observancia ritual de todas las formalidades establecidas en el proceso para su validez.

No obstante, la práctica judicial enseña que no es posible obtener la eficacia procesal sin restringir algunas garantías, y partiremos de esta premisa para explicar luego que, si bien se encuentran en lados opuestos, es posible acercarlos lo más posible para mantener la legitimidad de las resoluciones sin tener que sacrificar a la eficiencia.

Para esto, debemos previamente despejar los cuestionamientos que se vienen dando sobre este otro principio, así como su relación con la finalidad del proceso, el objetivo de la prueba, y los fines de la sanción penal. Esto es así, dado que dichas instituciones están íntimamente ligadas con el concepto del derecho penal, y administración de justicia.

Debemos aclarar en prioridad, que la tesis que aquí se defiende no es la de obtener una “celeridad a toda costa” sino una “economía procesal razonada” sin desconocer ni avasallar las garantías del individuo. De esta manera, guardamos distancia con las concepciones doctrinarias del siglo XVIII, denominadas como el “Eficientismo” el cual prevalecía los resultados del procedimiento por encima de las garantías, o del “Activismo” que otorgaba todas las facultades a los jueces para el desarrollo del proceso.

Tampoco puede identificarse con un “derecho penal del enemigo”, porque si bien es cierto, la optimización de la administración de justicia tiene relación con las demandas de seguridad que reclama la población, y además se aboga aquí por una flexibilización de las garantías, ello no significa aprobar el endurecimiento de las penas o de considerar al

delincuente como un enemigo de la sociedad al punto de recurrir únicamente a la inoquización.

De igual forma, debemos aclarar que actuaciones oficiosas que aquí se respalda no tiene carácter de inquisitivo como pretenden exponerlo los garantistas radicales, toda vez que con dicho término se califica al modelo de justicia donde el Juez, además de ser el que decide, también persigue e investiga convirtiéndolo así en juez y parte, esta situación dista mucho al actual modelo que separa ambas funciones y solo permite la intervención del Juez de manera excepcional.

No es correcto tampoco afirmar, que el afiliarnos al concepto justicia material en lugar de una justicia puramente restaurativa, implique una prevalencia de una justicia de punición y prevención general con el consiguiente abandono de la finalidad de prevención especial de la pena, puesto que ambos intereses pueden coincidir razonablemente y además pueden y deben complementarse.

Por último, debemos dejar sentado nuestra discrepancia con la llamada verdad formal del proceso y en lugar de ello, nos manifestamos a favor de la verdad material como finalidad de la prueba, pero con la obligada aclaración de que tal concepción no conlleva a la obtención de la verdad a cualquier precio, o a la conocida frase de que el fin justifica los medios, como lo intentan hacer parecer los hipergarantistas, dado que estas situaciones extremas no gozan en absoluto de aceptación en nuestro tiempo, y que contradice el principio de la dignidad de las personas.

Precisamos entonces que en este trabajo en modo alguno se pone en discusión la importancia de las garantías del inculgado y su trascendencia con el Estado democrático de derecho. La posición de la cual discrepamos es sobre ese sector extremo del garantismo que con sus demandas de mayor protección solo hace daño al derecho penal.

Celis (2012) advierte del peligro que significa el querer alcanzar por completo el “garantismo”. Para dicho autor, este interés es solo un punto de referencia pero que no se puede llegar a cubrir íntegramente, por ello recomienda “no dejarse envolver por estas formalidades que solo conducen al envilecimiento y resultan nocivas y nefastas para un proceso cognitivo” (p.144).

Vivimos dentro de un Estado democrático de derecho, en donde la persona humana es el fin supremo de la sociedad, y contamos con un moderno código procesal que se destaca por su carácter garantista y bajo este contexto, el juicio penal se desarrolla en estricto respeto de los derechos del inculpado, y de la observancia del debido proceso.

Nos preguntamos entonces como primera premisa; ¿Es posible lograr una buena administración de justicia salvaguardando a su vez y de manera rigurosa y amplia todas las garantías?

Desde nuestra posición consideramos que la respuesta tiene que ser negativa, por que como ya lo explicaremos más adelante, el excesivo garantismo solo conduce a la parálisis de la administración de justicia, y un sistema estancado inoperativo y totalmente ineficiente en modo alguno puede cumplir con su función de administrar justicia.

Ha de precisarse, que cuando nos referimos a la lentitud procesal no solo invocamos los derechos de la víctima y de la sociedad, sino también a los derechos del mismo inculpado, porque se afecta el derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable.

El hipergarantismo entonces hace caer a la administración de justicia en un círculo vicioso, porque primeramente exigen el cumplimiento exhaustivo de todas las formalidades y se oponen a cualquier restricción de los derechos del procesado (el tiempo de un informe oral no puede ser limitado, porque significaría un recorte de un derecho fundamental), pero éstas prácticas van a generar sin duda un retardo en la tramitación de los procesos, y es ahí en

donde posteriormente estos mismos garantistas vuelven para cuestionar la lentitud del proceso penal.

Cuestión similar sucede con los temas de política criminal, donde se dice con cierta razón de que el endurecimiento de las penas no soluciona el problema de la criminalidad. El profesor universitario Castillo Alva afirma sobre ello que “La mejor política criminal es aquella que prescinde del derecho pena para combatir el crimen” lo cual creo que todos estamos de acuerdo porque en efecto los problemas de la delincuencia deben ser enfocados desde diversos factores básicamente de carácter socio económico (empleo educación, inclusión etc.).

También es innegable más que la gravedad de la pena, lo que realmente disuade a las personas a no incurrir en el delito, es la seguridad de que va a ser descubierto, capturado y condenado, es decir, la certeza de que va a sufrir el castigo.

Pero sucede que cuando se potencia a la policía con mayor equipo logístico, se aumenta el contingente de efectivos, de vehículos, de equipos, y se les dota de mejor estrategia para realizar su labor con mayor eficacia (cámaras de video ocultas, agente encubierto, sistema de rastreo satelital, entre otros) inmediatamente surgen los ultragarantistas para poner en cuestionamiento la legalidad de dichos métodos, acusándolos de violatorios y de estar convirtiendo al país en un “Estado policial”.

Vemos entonces que un lado, se reconoce que más que la gravedad de la pena es la seguridad a ser condenado lo que realmente genera efectos importantes en la lucha contra la delincuencia, pero cuando se intenta cumplir con este objetivo (intervención y captura de los autores) entonces se critica y se oponen a esta función calificándola de atentatorias contra la libertad de las personas.

Advertimos de estas incoherencias para reflexionar sobre la necesidad de encarar dichas posiciones que continuamente se ubican en las posiciones cómodas de la crítica, pero que no proporcionan propuestas serias en la solución de los problemas.

2.1.4. La Constitución como Ley de mayor jerarquía

La Constitución como norma fundamental del Estado regula el sistema jurídico, y determina las bases organizativas del Estado consagrando los derechos individuales como prevalentes frente otros intereses de la comunidad.

Esta concepción surge de su artículo primero que expresamente enuncia que: “la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

2.1.4.1. Pronunciamientos de Interpretación de estos derechos por el Tribunal

Constitucional.

El Tribunal Constitucional señala que el deber del Estado es garantizar los derechos individuales, pero que éstos deben ser conjugados a su vez con los intereses que demanda la sociedad. El ejercicio de ellos solo puede cumplirse dentro de un clima de paz y seguridad. Se resalta así mismo la necesidad de atender esa situación de seguridad para los ciudadanos como el medio propicio y necesario para el desarrollo de los demás derechos.

2.1.4.2. El Garantismo

Constituye la concepción doctrinaria que prevalece los derechos fundamentales del individuo frente al Estado, en razón a ello se demanda que estos derechos deben ser materializado en los principios que regulan la administración de justicia.

En nuestro medio los vemos recogido en el artículo 139 de la Constitución que contiene la mención expresa de ellos y que se sintetizan en lo que se conoce como el “Debido

proceso” y que se corresponde con la ideología política de todo Estado democrático de Derecho.

2.1.4.3. El Debido Proceso

Se constituye como el conjunto de garantías que deben respetarse en toda investigación criminal para que pueda ser considerado como un proceso válido. Entre ellos podríamos mencionarse a modo de ejemplo a lo siguiente:

- A. Derecho no ser privado de una defensa en ningún estado del proceso.*
- B. Derecho a no revivir procesos fenecidos.*
- C. Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.*
- D. Derecho a la aplicación de la ley más favorable.*
- E. Derecho a no ser desviado de la jurisdicción establecida por ley.*

Estos derechos como todos aquellos que se encuentran contenidos en la mencionada norma emergen a sus vez de los principios de igualdad y Principio de inocencia y el principio de la dignidad de la persona.

2.1.4.4. La tutela judicial efectiva

Se constituye como una garantía fundamental por el cual se le reconoce a toda persona el derecho de acudir a la administración de justicia y de obtener de ella en un pronunciamiento que resuelva el conflicto planteado. De esta garantía emergen los siguientes derechos:

- A. Derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales para demandar justicia.*
- B. Derecho a recibir y una respuesta de los órganos encargados de administrar justicia.*
- C. Derecho a que se cumplan las resoluciones que emitan las autoridades judiciales.*
- D. Derecho a obtener una respuesta pronta de los órganos jurisdiccionales.*

Este último derecho específico (merecer una solución pronta de los órganos Jurisdiccionales), ha venido siendo desplazado y hasta soslayado por los órganos de

administración de justicia, los cuales solo atienden los otros derechos que conforman el “debido proceso” y no atienden éste otro interés que también encuentra reconocimiento en la Carta Magna.

2.1.5. Concepción Ius-naturalista del Derecho.

De esta concepción emerge el principio de la dignidad de la persona como derecho natural y a su vez como fuente del “derecho a la verdad”, enmarcado en el interés de los familiares de la víctima, como también de la sociedad de conocer el acontecimiento delictivo y de sus autores. Fundamenta las actuaciones officiosas de los órganos jurisdiccionales con dicho fin.

La justicia como valor supremo en sus concepciones distributiva y conmutativa, ésta última como reparadora o represiva para regular las relaciones de los ciudadanos. Se ve plasmada en la concepción publicista del derecho penal.

2.1.6. Concepción sociológica de la jurisprudencia y realismo jurídico

Esta concepción ideológica contiene una gran dosis de conocimiento sociológico de la realidad actual. Constituye un derecho vivo y dinámico. Justifica los fines de prevención que también deben contener las sanciones penales.

2.1.7. La teoría tridimensional del derecho

Conforme a esta teoría, el derecho no es concebido únicamente como normas, sino que también contiene a la conducta y a sus valores, las cuales actúan dinámica y dialécticamente.

La conducta humana debe ser estudiada también desde la perspectiva sociológica la cual es portadora de valores como justicia, seguridad y concordia.

2.1.8. El individualismo

Como corriente filosófica parece en contraposición al autoritarismo que reinaba en el siglo XIX, y que se contrapone al Estado como institución suprema. Esta postura filosófica

prevalece al individuo como el centro del universo y consecuentemente procura asegurar sus derechos individuales, en tanto que el Estado debe cumplir un rol de protección y garantía de esos derechos.

2.1.9. El eficientismo procesal

Llamado así porque centraba la atención en el desarrollo del proceso en su estructura y en sus instituciones al punto que lo convertía en un fin en sí mismo. Nacida en Alemania, esta corriente prevalecía al proceso mismo sobre su finalidad apegándose rigurosamente a las formalidades.

2.1.10. Activismo judicial

Dicha corriente otorgaba amplia e ilimitadas facultades al juzgador para conducir el proceso como también para las actuaciones probatorias, corresponde al modelo inquisitivo que se contrapone al modelo garantista acusatorio.

2.1.11. La teoría de la justicia y su valoración jurídica

Durante la historia se han venido dando diversas concepciones de la justicia. Los actuales mecanismos alternativos de resolución de procesos se apoyan fundamentalmente en la concepción conmutativa de la justicia, desechando las ideas de carácter retributivas

2.1.12. El garantismo procesal

Constituye una corriente sustentada en el principio dispositivo, donde son las partes que activan y desarrollan el proceso. Dicha corriente reclama un Juez totalmente ajeno al desarrollo del proceso como también a la actividad probatoria, vale decir, un Juez pasivo y sin interés por hallar la verdad material de los hechos.

2.1.13. La concepción neo garantista del derecho penal

Esta concepción tiene como su máximo exponente a “Ferrajoli”. Según esta corriente, el derecho penal solo debe intervenir en determinados casos de gravedad y de trascendencia, propone por ello una limitación al poder punitivo del Estado, y un retroceso en la

criminalización de las conductas, se contraponen consecuentemente a las teorías que justifican la expansión del derecho penal y en su lugar propone un derecho penal mínimo.

2.1.14. Derecho comparado

Conforme a lo señalado, la presente investigación busca verificar que las concepciones sobregarantistas obstruyen y atiborran el sistema de justicia. En tal sentido, la referencia con los otros países está centrada en el análisis de estos problemas de congestión y de la falta de eficacia en las resoluciones de los procesos, y para ello hemos considerado algunos de ellos tanto latinoamericanos como europeos, en donde se pone de manifiesto similares situaciones y que hacen ver que el problema no es solo local sino global.

2.1.14.1. Argentina

La situación en este vecino país es muy similar a la nuestra. Franciskovic (2011), comprobó que la justicia en dicho país se encuentra en “crisis terminal”, “colapsado” y “Virtualmente paralizado”. Precisa la mencionada profesora que la sobrecarga de procesos en los tribunales hace ineficiente e inoperante todo el sistema de justicia y que las estadísticas muestran un incesante incremento de causas ingresadas a los tribunales en procura de solución, pero que es imposible en esas condiciones concebir una prestación de servicios de justicia que la población reclama. Indica así mismo que por esta razón el Poder judicial de este vecino país, está perdiendo su prestigio ante la comunidad.

2.1.14.2. Brasil

La situación de preocupación sobre la justicia se siente en toda la región Hammergren (2007) comenta que se han pasado más de veinte años intentando diversos cambios no hay la impresión de avances en esta labor, indicando que la ineficacia de la administración de

justicia está relacionada con el excesivo formalismo y no la resolución de conflictos. Dicho autor refiere que la una mala justicia afecta los niveles de violencia y la estabilidad política. Menciona así mismo que los estudios realizados en Brasil han demostrado una tendencia a tomar la justicia por sus propias manos.

2.1.14.3. Colombia

Según Gonzales (2002), las cárceles de Colombia se encuentran atiborradas y sin contar con las condiciones mínimas de humanidad, Refiere que los efectos de la globalización han generado la aplicación de leyes no acorde con la realidad de ese país, que se ha incurrido en el error de aprender la doctrina de otros lugares para introducirlas al derecho interno trayendo serios problemas doctrinarios que influyen negativamente en los jueces.

2.1.14.4. Chile.

La necesidad de una justicia pronta ya se venía manifestando en ese vecino país. Gálvez (2007) ya lo venía exponiendo desde antes de la reforma procesal, reclamando que los juicios penales sean más cortos, criticando con ello las sentencias extremadamente largas bajo la justificación que constituían “verdaderos tratados de derecho”. El mencionado autor refiere que las presiones por tener una justicia pronta son cada vez mayores. Las agendas de audiencias se encuentran rebasadas y la situación se vuelve dramática cuando se trata de reprogramar otras audiencias. Los jueces de familia señalaban que estaban colapsados.

2.1.14.5. Italia

Guarnieri (2004), pone en relieve el grave problema que viene atravesando la justicia de ese país en cuanto a la excesiva demora en los procesos y que constituyen manifiestas vulneraciones al plazo razonable como también graves afectaciones a la presunción de

inocencia. Dicho autor manifiesto que la duración de los procesos con detención en Italia es hasta nueve meses, lo cual no puede ser mantenida sin lesionar los derechos del procesado. Afirma así mismo, que una justicia lenta es igual a una justicia negada, y por esta razón la justicia italiana no puede ser considerada digna.

2.1.14.6. España

Los problemas sobre la demora y la ineficacia del sistema de justicia están presentes en ese país europeo. Gómez (2013), nos dice que la justicia en España funcional mal es lenta ineficaz e insegura, y que dicha situación ha llevado a ser vista por la población como injusta y favorecedora a los poderosos, y por el contrario es perjudicial para el hombre modesto. Según el mencionado autor, dicha crisis esta enquistada de manera endémica. Refiere así mismo, que las soluciones que se ofrecen para solucionar este problema pasan por efectuar reformas que en realidad afectan los fundamentos tradicionales del derecho.

2.1.14.7. Estados unidos

Conforme nos manifiesta Bulnes (2015) en Estados Unidos se han detectado supuesto de fracasos del sistema judicial y se atisba un panorama muy pesimista. Indica que la sobrecarga en los juzgados y tribunales norteamericanos resultan perjudiciales para los procesados sin recursos económicos ya que son representados por quienes llevan a cabo la defensa de oficio. Así mismo refiere el mencionado autor que el proceso adversarial no resulta siempre eficiente.

2.1.14.8. Alemania

Silva (2006), nos hace mención de la introducción de mecanismos de negociación en el sistema judicial alemán a la que considera que son el resultado de la desconfianza y la

consiguiente deslegitimación del sistema judicial, sin embargo, señala que estas formas de privatización conducen a un vaciamiento del contenido del derecho. Estima que el sector público se haya en retroceso porque no puede realizar adecuadamente su gestión.

2.1.15. La eficiencia y la eficacia

Aunque se suele asimilar ambos términos bajo un mismo concepto, en razón a que mantienen relación con marcha de una determinada actividad, en estricto sentido no son los mismos.

Por “Eficacia” debemos entender a la capacidad de poder lograr el resultado pretendido. En el campo penal, este concepto se plasma en la obtención de resoluciones oportunas y justas.

Peña (2011) define la eficacia como “La necesidad imperiosa de que las normas contempladas en el derecho penal sustantivo adquieran concreción real en todos aquellos que culpablemente han lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos en relación con el valor justicia”.

Por “Eficiencia” conocemos como la obtención de resultados con el menor costo posible. En el campo penal, esta definición se corresponde con la Resolución de los procesos dentro de un plazo razonable.

En la administración de justicia dichos términos de eficacia y eficiencia están en relación a lo que conocemos simplemente con los términos de “economía y celeridad procesal”.

Los principios del “debido proceso” como de “tutela judicial efectiva” constituyen las vertientes de este gran interés de obtener resoluciones ajustadas a derecho y en un tiempo adecuado.

Ha de precisarse que los problemas de retardo en la administración de justicia no es patrimonio exclusivo de nuestro medio, estas situaciones también se vienen presentando desde largo tiempo en otros países.

A decir de Goyena (2013), en los últimos tiempos se han venido dando diversas leyes en España, Italia, Francia y Portugal, con la finalidad de otorgarle celeridad a los procesos en razón a las constantes exigencias de un respeto al derecho de “obtener un proceso sin dilaciones.

Se observa entonces que tanto en el continente europeo como también en ámbito latino americano el retardo de la administración de justicia es alarmante, y por ende se reclama cambios importantes en la administración de justicia.

Nuestro sistema, al igual que otros países de la región (Chile, Colombia, Brasil , Puerto Rico, entre otros) ha adoptado los mecanismos de composición (principio de oportunidad), como también los llamados mecanismos alternativos o de negociación (terminación y conclusión anticipada) con la finalidad de simplificar los trámites del proceso y obtener un pronta resolución, no obstante pese a la implementación de tales dispositivos por problemas de la sobrecarga aún subsisten, porque como lo hemos venido advirtiendo los inculpados y los mismo abogados apuestan casi siempre por la absolución en lugar de aceptar un trato con el ministerio público, aún incluso cuando son capturados en fragancia.

La pésima investigación que ocurre en muchos procesos, seguidos del excesivo garantismo conlleva en muchos casos a resolver por la absolución, y los abogados concedores de estos problemas confían en el éxito de su defensa de tal modo que pese a las evidencias que obran en su contra aun así prefieren enfrentar el juicio.

Cabría señalar así mismo que si bien a través de estos mecanismo se obtiene una resolución final que pone fin al proceso con un ahorro de tiempo y esfuerzo, estos no están exentos de algunas observaciones que en nada favorecen al derecho penal puesto que se

afecta derecho que tiene la sociedad de conocer la verdad, y con mayor razón se presenta esta situación en los mecanismos de composición en donde si siquiera se apertura el proceso de investigación y se desconoce los términos del acuerdo entre el agresor y la víctima, y por otro lado no faltan quienes lo cuestionan por considerar que un proceso muy breve también vulnera el plazo razonable.

Pero a todo ello cabría añadir que el proceso penal no solo demanda la eficiencia sino también la eficacia. Los mecanismos de simplificación cumplen con el primero de ellos en cuanto obtiene la resolución final en menos tiempo y costo posible, pero no así con el segundo de ellos como es la eficacia, ya que no siempre estas resoluciones cumplen los efectos de prevención que implícitamente están contenidos en una sentencia condenatoria.

La celeridad procesal ha sido injustamente calificada por algunos como “Eficientismo”, dándole esta designación como una contrapartida al garantismo. Indicando que sobredimensiona la importancia del resultado y no los medios, y por ello procura alcanzarlo a toda costa, sin importarle que en ese propósito se vulneren las garantías. A su vez se le tilda de autoritario, porque otorga una participación más activa del juez. (este tema lo abordaremos más adelante).

El Dr. Reyna Alfaro considera que la celeridad en materia penal se convierte en uno de los principales clamores de la ciudadanía y que la celeridad y eficacia tiene que ver con la confianza que ella tenga de sus jueces.

La crisis del derecho penal no solo tiene que ver con los cuestionamientos a la pena privativa de libertad como instrumento idóneo para sancionar y evitar la comisión de nuevos delitos, sino también a la inoperancia y falencia para responder adecuada y oportunamente a las demandas de justicia.

A los garantistas extremos no les interesa el futuro del derecho penal, es más propugnan la abolición de este instrumento coercitivo que tiene el Estado para enfrentar las

conductas gravosas. Estos siempre encontraran objeciones y dilataran los procesos hasta hacerlos interminables

La celeridad de los procesos tiene que ver también con el dinamismo en que se desarrollan las audiencias, el Juez debe mantener la dirección y desarrollo de ellas con sentido práctico y ágil, pudiendo:

- Rechazar las preguntas que formulan las partes cuando aquellas resulten repetitivas impertinentes y poco útiles para el esclarecimiento de los hechos ,y que hacen que las sesiones sean interminables
- Rechazar de plano los pedidos infundados cuyo trámite además de significar un gasto de tiempo y de materiales, generan retraso.
- No admitir los pedidos de suspensión de audiencias que solicitan los abogados, (salvo causas justificadas) ,
- Limitar el tiempo a los abogados como también al Ministerio público cuando realizan sus informes orales (conforme a las circunstancias),
- Simplificar sus resoluciones, (autos y sentencias) las cuales son demasiadas extensas.
- Declarar de oficio las excepciones sin esperar que sean planteadas por las partes.
- Otros medios que permitan agilizar los procesos.

2.1.16. El garantismo frente a la eficacia

En el presente trabajo vamos a exponer la situación conflictiva que se suscita entre ambos principios, y que a nuestro parecer representa el factor medular de la crisis en que atraviesa el sistema de justicia.

Apuntamos desde ya, que el garantismo ya ha despertado algunas críticas como las mencionadas por el Alfonso (2011) en cuanto que la elevación de dichas normas de garantía procesal a la categoría de constitucionales amenaza la separación de poderes con clara

desventaja para el legislador y una clara ventaja para el Tribunal, ya que legislador solo tendría la tarea de optimizador de derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional sería el órgano que decidiera todo incluyendo lo que es o no optimo , lo que llevaría a un totalitarismo de la jurisdicción constitucional.

Mientras que para algunos existe una colisión irreconciliable entre estos dos principios, (garantías y eficiencia) para otros en cambio, es posible lograr la concurrencia armoniosa de ellos. Esta última postura es la que prevalece en la doctrina mayoritaria.

Ha de precisarse que la búsqueda de la concurrencia armoniosa de estos dos principios involucra necesariamente a otros aspectos de la justicia penal, ya que todos ellos se encuentran ineludiblemente ligados. Si hablar de garantías es hablar del “debido proceso”, mencionar a la eficacia y eficiencia, nos remite a los conceptos de actuaciones oficiosas, verdad materia, prevención general de pena, y plazo razonable. Es por esta razón, que nos resulta imperioso referirnos también a estos temas sin las cuales no se podría viabilizar la eficiencia procesal.

Podrá parecer innecesario la explicación que proponemos, en base a que se estaría volviendo sobre un tema ya zanjado, habida cuenta de que nadie discute la necesidad de que ambos intereses deban ser atendidos. No obstante, consideramos importante nuestra propuesta en razón a que tal reconocimiento que se expresa en los diferentes textos doctrinarios como en las jurisprudencias, solo son “declarativos”. Es decir, se mencionan a estos dos principios, pero en la práctica se resuelve atendiendo únicamente a uno de ellos.

Es frecuente encontrarnos con exposiciones y comentarios sobre dichos intereses, empero su concordancia no se logra con la sola enunciación, y esto sucede con la eficiencia, la cual solo resulta nombrada, pero en modo alguno (salvo excepciones) es considerada de manera real. La referencia que se hace de ella solo es figurativa porque la concepción fuertemente garantista concebidas en los operadores del derecho la desplaza totalmente.

No es honesto mencionar la importancia que merece la celeridad procesal, asumiendo a la vez una concepción dispositiva pura del proceso penal, porque en ella no se deja margen alguno para a la actuación del juez, y tampoco resulta coherente invocar este principio de eficiencia, negando el rol del Juez de resolver conforme a la justicia pero sobre todo, no se puede invocar a la celeridad adoptando una posición garantista radical.

Si bien es cierto que el proceso eficaz requiere cierta actividad del Juez, esto no quiere decir que se desconozca los derechos de los litigantes. En otras palabras, la dirección y conducción del proceso pueden hacerse sin desconocer las garantías de los justiciables. No compartimos, por ende, la opinión de aquellos que los consideran que ambos conceptos son contrarios y no puedan concurrir simultáneamente.

El proceso civil por ser de naturaleza “privatista” se rige por el “principio dispositivo”, en cambio, el proceso penal por su carácter “publicista”, admite las actuaciones oficiosas. El Juez no puede permanecer inactivo e indiferente sobre su desarrollo porque de por medio existe un interés legítimo de la sociedad.

En nuestro medio el Peña (2011) es uno de los que se adhieren a esta postura indicando que un modelo procesal que pretende adscribirse a su llamada constitucionalización, debe combinar armoniosamente garantía con eficacia.

Lo que debe aclararse, es que la observancia de las normas procesales no puede ser absolutas al punto de hacer del proceso todo un ritual bajo la amenaza de incurrir en una nulidad. Ilustremos este pensamiento con un claro ejemplo que se presenta en nuestro medio:

El artículo 410 de nuestro código procesal penal contiene una modalidad de apelación denominada “diferida” el cual regula el procedimiento a seguir ante una impugnación interpuesta por uno de los inculpados sobre el cual se archivó el proceso, pero que se encuentra pendiente aún de resolución sobre los otros procesados. En este caso, la elevación

del expediente al superior por esa apelación podría perjudicar el avance del proceso con respecto a los inculpados.

La misma situación se da cuando a un solo procesado se le atribuye la comisión de varios delitos, y se dicta el sobreseimiento sobre uno de ellos, quedando pendiente el juicio para los otros delitos.

Esta norma tiene el siguiente tenor:

Art. 410 NCPP

“En los procesos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicta auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de los otros, la impugnación que se presente, si es concedida, se reservará la remisión de los autos hasta que se pronuncie la sentencia que ponga fin a la instancia, salvo que ocasione grave perjuicio a alguna de las partes”.

Es claro que dicha norma ha sido dada con la finalidad de que no se vea entorpecido el desarrollo del proceso cuando se produzca la situación antes planteada.

Sin embargo, en la práctica, ocurre que algunos jueces inobservan la norma y elevan el expediente a la sala superior de manera inmediata ante una impugnación del Ministerio público, (no la reservan para elevarla después cuando concluya el proceso en esa instancia sobre los otros inculpados o sobre los otros delitos).

No obstante, hemos advertido que en algunos casos la Sala superior, al percatarse de esta irregularidad, devuelve inmediatamente el expediente al Juzgado para que se cumpliera al trámite señalado en la norma, es decir, para que continúe con el desarrollo del proceso y una vez concluido, recién lo eleve para que el superior se pronuncie sobre ese archivamiento, tal como lo dispone el mencionado artículo.

Ante esta situación nos preguntamos, si no resultaba más adecuado que la sala se pronunciase de una vez sobre dicho archivamiento, toda vez que ya lo tenía recepcionado, en lugar de persistir en el trámite regular.

Si el propósito de la norma es evitar la demora que conlleva la elevación del expediente a la sala superior, y este tiempo ya se produjo, ¿cuál sería el motivo para no resolverlo inmediatamente, en lugar de regresarlo sin resolución alguna?

Consideramos que, en estos casos, la sala superior bien pudo resolverlo y llamar la atención al juzgado para que no incurra en estas irregularidades, y no apegarse de manera estricta a la normatividad.

Esto es un claro ejemplo del excesivo formalismo que se aplica de manera automática, sin consideración alguna a los principios de celeridad y economía procesal y que lejos de favorecer al desarrollo del proceso por el contrario lo perjudica.

Ahora bien, como se podrá apreciar, la referida norma contiene una excepción (“Salvo que ello ocasione grave perjuicio a alguna de las partes”). Es decir, que admite que en ciertos casos se puede elevar de manera inmediata el expediente, y esto puede darse cuando la reserva y elevación afecte a alguna de las partes.

No obstante, algunos magistrados asumen que tal circunstancia debe ser alegada por la parte en su recurso de queja, tal como se contempla en el segundo párrafo de la mencionada norma. Sin embargo, cuando los hechos así lo demuestran porque resulta palpable la afectación, resulta innecesario que se supedite a la queja a la invocación expresa de esa afectación.

El hecho de considerar al nuevo sistema procesal como de tendencia “adversarial”, no significa que el juez se mantenga pasivo ante situaciones claramente evidentes.

El sistema adversarial implica que las partes gozan de un protagonismo en el proceso, sin embargo, ello no puede llevarnos al error de sumir que delito sea visto únicamente como un conflicto de intereses.

En el ejemplo dado, se trató de un imputado que venía siendo investigado por dos delitos, y en la etapa intermedia se dispuso el archivamiento por uno de ellos, quedando pendiente la resolución del otro delito.

Cuando la sala devolvió el proceso sin pronunciarse sobre ese delito archivado, tanto el juzgado como las mismas partes se encontraron con un gran problema, porque el inculpado solicitó acogerse al principio de oportunidad, el cual no procede por lo general cuando concurren dos delitos, y no se sabía a ciencia cierta si el archivamiento pendiente de revisión, iba a ser confirmado o revocado por el superior.

Por otro lado, el Juez no podía emitir una sentencia adecuada, respecto al tratamiento de la pena, porque ante la duda sobre el archivamiento de uno de los delitos, no podía aplicar con seguridad el concurso de delitos (ideal o real).

El caso que comentamos, que es absolutamente real, nos muestra como el asumir un concepto puramente dispositivo en el proceso penal puede dilatar y entrapar el proceso. En nuestra opinión la sala superior por sí misma debió advertir ese posible perjuicio y aplicar esa situación de excepción que señala la misma norma así no haya sido invocado por la parte.

Casos como el mencionado responden a la idea extendida por los garantistas de que cualesquiera iniciativas del Juez es propio del sistema inquisitivo. De tal forma que si se quiere alinear al nuevo sistema garantista se debe abandonar toda forma de intervención del magistrado.

Similar situación se produjo con el 372 del código procesal penal que contiene a la institución de la conclusión anticipada del juicio oral. En dicho artículo inciso 5 se permite emitir sentencia absolutoria cuando se advierta que el hecho incriminado sea atípico. No

obstante, la Corte suprema en el Acuerdo Plenario Nro. 5- 2008/CJ-116, estableció que esta posibilidad de absolución estaba condicionada al debate de las partes.

Así, mientras el mismo código facultaba la expedición de la sentencia sin el debate respectivo, la corte suprema adicionó un requisito más en estricto cumplimiento al principio de contradicción.

Dicho criterio, trajo como resultado que muchas resoluciones de absolución que pudieron emitirse no pudieron concretarse, por la sencilla razón de que el magistrado no sometió a discusión las posibles situaciones que determinarían una atipicidad o la concurrencia de una circunstancia eximente.

A primera vista, parecería lógico que todo hecho o circunstancia que pudiera incidir en la sentencia sea resuelto previo pronunciamiento de las partes. Sin embargo, esto solo puede ocurrir cuando el Juez lo expone en audiencia; sin embargo, esto no siempre es así, ya que, por lo general, el magistrado lo advierte en la fase de estudio del expediente para emitir la sentencia.

Según la concepción garantista de éste nuevo proceso penal, el Juez no debe estudiar el expediente durante el desarrollo del juicio para “No contaminarse”, de tal modo que le es vedado revisar anticipadamente los actuados que se acompañan al expediente judicial y menos la carpeta fiscal, la misma que solo le debería ser facilitada al momento de resolver. Todo ello para no crearse juicios adelantados que incidirían y afectarían principio de imparcialidad.

En estas circunstancias, es muy factible que recién advierta las posibilidades de declarar una atipicidad o la concurrencia de una circunstancia eximente, cuando se encuentre en pleno estudio del caso.

Conforme al criterio expuesto por la Sala suprema, el Juez no podría emitir sentencia absolutoria (si no advirtió al inicio del juicio oral), entiéndase entonces que deberá

simplemente desaprobar la conformidad del acusado y dispone la continuación del juicio (pese a su total convencimiento sobre la absolución)

Nos preguntamos entonces ¿Es que acaso, en una sentencia el Juez no puede exponer un argumento jurídico extraído del análisis del caso concreto y sustentar con ello su decisión?

¿Es razonable impedir al Juez que desarrolle su juicio dogmático sobre las causales existentes pero que no fueron expuestas por las partes?

Admitir los criterios del acuerdo plenario nos conllevaría a declarar nula toda sentencia que invoque las causales no discutidas, lo cual restringe exageradamente la labor del Juez, y podríamos decir bajo el mismo criterio que las excepciones de improcedencia de acción no podrían fundarse de oficio porque sería una “resolución sorpresiva” para las partes. Cuando el mismo código procesal si lo permite.

Estos son algunos ejemplos de ese excesivo garantismo que combatimos y que consideramos que lejos de favorecer por el contrario perjudica seriamente a la administración de justicia porque extiende injustificadamente un proceso que ya debería estar concluido.

La idea que se intenta transmitir y que desgraciadamente ha calado en la mayoría de los órganos jurisdiccionales, es que “lo oficioso es malo”, y contrario sensu, “lo adversarial es bueno”.

En síntesis, se ha inculcado en la mente de los jueces que toda intervención por mínima que sea es contraria a las garantías procesales porque afecta el principio de imparcialidad.

Desde el garantismo se ha solido llamar a esta postura que defiende la intervención del Juez como Eficientismo “asemejándolo a la corriente que en épocas anteriores donde el proceso prevalecía por encima de sus fines”.

En esta concepción el eficientismo constituía una ciencia dedicada al estudio mismo de las instituciones y de su estructura para lograr su eficacia, sin importar la justicia. Esta

doctrina como era lógico otorgaba amplios facultados al Juzgador para dirigir y resolver el proceso y por ello fue considerada como autoritaria

Los que incurren en el exagerado garantismo, intentan descalificar la postura publicista llevándola a los extremos para asemejarla a esa ideología y así señalarla como propia del nazismo o del racismo que imperó en esos tiempos.

Igualmente, se les ha denominado a las actuaciones oficiosas como “activismo judicial” “Que también, por esos tiempos de constantes reformas otorgaba amplios poderes a los jueces y se resolvía conforme al interés social en lugar de centrarse en las pretensiones de las partes.

En éste punto cabría señalar que el fundamento de la intervención del Juez en el proceso está en el carácter propio de la función consistente en administrar justicia, siendo su deber el emitir resoluciones justas., y la justicia no solo concierne a las partes sino también a la comunidad, de allí que la misma constitución establece no solo la tutela judicial efectiva en su inciso 3ro, del artículo 139 como un derecho fundamental si no también la misma constitución en su artículo 39 inciso 4 prescribe (salvo algunas excepciones) , “ la “publicidad de los procesos”. Esta es la razón por la cual a esta concepción se les denomina también “Publicista”.

Si bien la búsqueda de una eficiencia total podría poner en riesgo ciertas garantías procesales, un excesivo garantismo produce la inmovilización de la administración de justicia al grado de producir impunidades.

Un ejemplo de ésta situaciones inoperantes en que el excesivo garantismo produce en el sistema de justicia lo podemos apreciar de conocidos casos criminales ocurridos en los Estados Unidos, en donde para obtener la muestra de saliva de un sospechoso de múltiples homicidios, se debe contar con su autorización, de lo contrario dicha prueba sería invalidada, y en tanto el investigado no lo consienta, se pone en marcha toda una

operación policial de vigilancia constante que involucra a un buen número de efectivos policiales para espiarlo y perseguirlo sigilosamente a cuanto lugar vaya el sospechoso, con el único afán de poder obtener subrepticamente una muestra de saliva, que deje en una lata de bebida, en el utensilio que usa en algún restaurante, o que arroje el pitillo del cigarro que está fumando., y así poder realizar los exámenes de ADN y compararlos con los encontrados en el cuerpo de la víctima.

Estas muestras son consideradas dentro de la investigación preliminar como “evidencias desechas” y su recuperación y recolección no son consideradas como vulneradoras a los derechos de la persona.

Si bien es cierto que la extracción de una muestra orgánica puede significar una afectación al derecho del investigado a no proporcionar elementos incriminatorios que obren en su contra, también es cierto que en determinados casos este derecho entra en conflicto con otro derecho igualmente importante e incluso de mayor relevancia como es la vida de terceras personas.

En los casos mencionados se han visto incluso que se investiga a asesinos en serie por la existencia de varias víctimas y aun así se sigue prevaleciendo el derecho del inculgado, a no facilitar muestras de su cuerpo, por encima del derecho de la vida que tienen las demás personas. No se realiza un “juicio de ponderación” sobre estos dos intereses, y solo se ciñe estrictamente a las normas de prohibición establecidas.

Similar situación podemos encontrar en los registros y allanamientos, en donde pese a procederse con la debida autorización judicial aun así se rechaza la incautación de un elemento incriminatorio por supuestos excesos en la diligencia de revisión.

A modo de ejemplo podemos mencionar a otro caso de homicidio donde la policía encontró en la casa del sospechoso armas, objetos e instrumentos que habían sido utilizados

en el asesinato a una joven que fue maniatada ahorcada y acuchillada, luego envuelta en una frazada y arrojada al río, donde días después fue encontrado su cuerpo.

Estos objetos e instrumentos que luego fueron analizados y comparados con los rastros que presentaba la víctima y resultaron concordantes fueron hallados en el sótano de la residencia donde vivía el investigado.

Sin embargo, estas pruebas fueron rechazadas en el juicio y se resolvió por la absolución al declararlas prohibidas ya que la orden de allanamiento solo se señaló el primer y segundo piso que tenía la casa, mas no así el sótano.

Las pruebas incautadas evidenciaban la culpabilidad del sospechoso, sin embargo, por una cuestión estricta y radical sobre las garantías de la investigación fueron desechadas de plano sin realizar ningún juicio de ponderación sobre “actuación de buena fe de los efectivos policiales”.

En nuestro medio, estas exigencias estrictas sobre las garantías también se vieron manifiestas en algunas situaciones. Se entendieron que si la orden de allanamiento estaba señalada para la búsqueda de drogas y en esa intervención también encontró un arma de fuego, se consideraba que procedía su incautación porque la autorización judicial era con fines específicos de hallar drogas y todo lo demás significaba un exceso.

Felizmente estos inconvenientes ya se vienen superando a través de las jurisprudencias que viene emitiendo la corte suprema en donde destaca las excepciones a la prueba prohibida haciéndola menos “sagrada” que antes.

Partimos entonces por admitir la ineficiencia de éste importante servicio del Estado y reconocer que nuestros conceptos jurídicos y filosóficos sobre los derechos del individuo surgidos con el liberalismo, merecen ser replantados, porque la realidad ha demostrado que dicha tesis solo ha conducido al colapso total del sistema de justicia.

Nos reafirmamos por ende, de que hoy en día no podemos seguir manteniendo las concepciones rígidas y amplias de las garantías, porque ellas están en clara contraposición al principio de celeridad y economía procesal.

Dado el carácter antagónico que poseen estos intereses, en la práctica resulta muy difícil hallar un referente de conciliación. Por esta razón, resulta recomendable ubicarnos más bien en un punto medio equidistante entre ambos principios (garantías y eficiencia) a fin de evitar la exclusión definitiva de algunos de ellos.

Nos reafirmamos consecuentemente, de que no es viable obtener una eficiente administración de justicia, salvaguardando todas las garantías del inculpado, como tampoco sería admisible una rápida administración de justicia avasallando los derechos del inculpado.

Esta reflexión nos lleva a la inevitable conclusión de que el proceso penal debe mantener solo un mínimo de garantías y además éstas, deben ser flexibilizadas.

Tan igual como sucedió con la tesis resocializadora de la pena sustentada en fines loables e idealistas, pero en donde el tiempo y la realidad terminaron por demostrar su fracaso, así de igual, debemos admitir que la corriente del liberalismo que devino en concepciones amplias, absolutas, irrestrictas sobre las garantías del individuo, ya no se pueden seguir sosteniendo hoy en día, si queremos verdaderamente echar andar esta enorme maquinaria que es la administración de justicia.

Un ejemplo de lo afirmado, lo tenemos en el decreto legislativo 1194, emitido recientemente en el mes de agosto de este año 015, donde se reforma el procedimiento del denominado “proceso inmediato”, para establecer la “obligatoriedad” de su incoación por parte del Ministerio Público, en lugar de ser facultativa como originariamente lo prescribía el artículo 446 del Código procesal penal.

La razón de esta ley era la de activar y reavivar este procedimiento especial que no estaba siendo utilizado por el Ministerio público y que estaba referido a los casos de

“fragancia”, “confesión”, y “contundencia de indicios acopiados en la etapa preliminar”, pero que pese a estar establecido en el código procesal, en la práctica no se aplicaba.

Esta ley todavía no ha entrado en vigencia a nivel nacional, pero ya ha recibido abundante crítica sobre la supuesta inherencia a la autonomía del Ministerio Público, la reducción de los plazos, y al carácter inaplazable de la audiencia. Para Bazalar (2015) Se dice que el inculpado tendría muy poco tiempo para elegir a su defensa, la misma que estaría muy limitada para establecer su estrategia, y desde ya se viene cuestionando su constitucionalidad.

Vemos palmariamente entonces, como ante cualquier medida tendiente a obtener les sale al frente los argumentos garantistas que impiden su aplicación, oponiéndose a una restricción por muy mínima que ésta sea.

Es innegable que en éste procedimiento especial, se reduce drásticamente los plazos y las etapa de investigación, y que ello representa una menor tiempo para la defensa, pero ello obedece a las propias circunstancias que demanda un caso “en fragancia” donde el hecho se hace evidente desde sus inicios, y por ende demanda muy poca actividad probatoria, tal como sucede en algunos delitos como el de “conducción de vehículo en estado de ebriedad” y con el delito de “omisión a la asistencia”.

Es cierto, entonces que tal procedimiento si significa una restricción el derecho a defensa, en comparación con el proceso común, pero esto no debe horrorizarnos, como si se hubiéramos cometido un sacrilegio, porque pese a las limitaciones se ha respetado el núcleo duro de ese derecho fundamental. No hay que confundir entonces los términos de “restricción” con el de “Privación”. La garantía del derecho a la defensa solo se vulnera si se impide la asistencia técnica, no así cuando se regula su ejercicio.

No debemos perder de vista, lo ya reconocido por el mismo Tribunal Constitucional de que los derechos fundamentales no son absolutos, y por consiguiente se pueden admitir ciertas restricciones. En materia penal con mayor razón rige esta tesis porque solo así

podemos conjugar las otras garantías que también se reclaman en una correcta administración de justicia.

Es importante por ello, traer a colación algunos criterios expuestos por la misma Corte suprema que de a poco viene reconociendo la necesidad de flexibilizar la aplicación de las garantías. Esto lo podemos apreciar en el Acuerdo Plenario Nro. 6-2010, en donde se justifica la exclusión de la “etapa intermedia” en estos procesos inmediatos, que como se sabe, es la etapa donde las partes ofrecen sus medios probatorios, excepciones, observaciones, entre otros medios técnicos de defensa. La Corte Suprema estimó en esa oportunidad que “esta regla no debe ser entendida de manera absoluta”, y puede suplirse con la solicitud que se formule al inicio del juicio oral. Obviamente implica una limitación, pero se justifica por las propias características de dicho procedimiento.

El excesivo apego a las garantías también se ve manifestado de manera gravitante en niveles superiores de la administración de justicia, y esto trae una enorme trascendencia, porque echa por tierra todo el tiempo y trabajo realizado por las instancias inferiores. Es recurrente las nulidades declaradas por el tribunal por supuestas deficiencias a la imputación en que habría incurrido el Ministerio Público, cuando en realidad del desarrollo del proceso emergen implícitamente dichos requisitos, en otras palabras, se evidencia un marcado celo por las formalidades.

En verdad resulta imprescindible despojarse de estos ritualismos y tener a la nulidad como un recurso excepcional, es decir de aplicarse solo cuando sea evidente y manifiesta la vulneración al debido proceso.

Pero para superar esta situación es menester enfocarnos no solo en los jueces, sino también en las instancias máximas como es son la Corte Suprema y el mismo Tribunal Constitucional, porque estas instituciones dictan las pautas a seguir las cuales tienen carácter

vinculante. Ningún Juez (salvo excepciones) se arriesga a resolver en sentido contrario a lo señalado en dichas instancias.

En el antiguo código de procedimientos, se exigía la presencia del inculpado para la lectura de sentencia, Esta circunstancia era aprovechada por la defensa para burlar la inminente condena, con el simple hecho de no presentarse a su lectura, de modo que trascurrido el plazo máximo de suspensión de las audiencias que era 8 días, el juicio se quebraba y debía reiniciarse de nuevo.

Esta práctica obstruccionista, no solo incidía en la dilación del proceso, sino que además repercutía en la justicia material porque para ese nuevo proceso los testigos ya no concurrían, y si lo hacían ya se sabía lo que iban a decir, de tal modo que se acomodaban las versiones del inculpado, y así tener mayores posibilidades de salir airoso.

El nuevo Código Procesal Penal, trajo consigo un importante cambio en este aspecto, estableciendo expresamente la posibilidad de dictar la sentencia condenatoria aún en ausencia del inculpado (artículos 391, 399 y 401) poniendo freno así a todas estas maniobras maliciosas. No obstante, dicha norma fue dejada de lado por parte de los órganos jurisdiccionales, quienes desde una posición muy garantista seguían exigiendo la presencia del inculpado para emitir la condena.

Fue necesario que la Corte Suprema mediante sendas ejecutorias y directivas recordará a los jueces la existencia de dicha normatividad y su debida aplicación, para que recién así, después de varios de vigencia del nuevo código procesal, recién se pusiera en práctica dicha prescripción.

Hechos como estos son claros ejemplos de cómo el pensamiento ultragarantista encalado en mayoría de los jueces impiden la efectividad de los procesos del servicio de justicia, y son muestra clara de cómo aun así se cuenta con una legislación adecuada, y con las condiciones apropiadas, la justicia se sigue manteniendo lenta e inoperante.

Una de las características que identifican a nuestros operadores del derecho, es la natural predisposición de remitirse a los extremos. Bien sea por convencimiento o por mera satisfacción de estar enmarcado con las nuevas corrientes doctrinarias, lo cierto es que existe la tendencia de ser radical en las apreciaciones.

Hasta hace pocos años, no se hablaba mucho sobre la motivación de las resoluciones judiciales como una de las garantías del debido proceso. Fue recién con el desarrollo del Tribunal Constitucional que empezó a reconocerse su importancia, pero como lo hemos resaltado a lo largo del presente trabajo, una vez establecido su exigencia, para la validez de las decisiones jurisdiccionales, se llegó al abuso, al punto, que el mismo Tribunal Constitucional tuvo que remarcar y aclarar que “fundamentación” no es sinónimo de “extensión”, puesto que bien puede cumplirse en forma breve y concisa.

En el reciente pleno nacional del Código Procesal Penal realizado en la ciudad de Tumbes en agosto del año 2014, al discutirse el tema del control de oficio sobre el plazo de investigación, la posición adoptada por mayoría fue la de negar dicha posibilidad por considerar que se vulneraría el principio de legalidad toda vez que los artículos 343 y 144 establecen los mecanismos de control ante la vulneración de dichos plazos.

En dicho acuerdo se, incidió en el papel que cumple el Juez como garante de los derechos fundamentales, y el derecho de contradicción de las partes y por ello triunfó la posición que negaba la intervención de oficio del Juez para dar por concluido el plazo de investigación (Dicha posición mayoritaria se impuso a la otra posición que invocaba el plazo razonable en el procedimiento y el deber de acopiarse las pruebas dentro del plazo legal).

Si bien es cierto el código adopta el principio dispositivo sobre este control de los plazos, consideramos que bien era el momento de plantear su modificación, por cuanto no resulta nada razonable que habiéndose vencido en su totalidad el plazo otorgado por el juez,

éste tenga que esperar la solicitud de las partes para recién exigir su cumplimiento, repercutiendo negativamente en la celeridad del proceso.

Lo ambiguo e irónico de estas decisiones adoptadas por el pleno, es que arribó dicho acuerdo por mayoría expresándose a su vez al principio de la eficacia procesal. Cuando precisamente se le estaba desechando.

En efecto como podemos advertir en este pleno luego de negar el control de plazos de oficio por el Juez, en el Pleno Nacional sobre el Código procesal penal realizado en la ciudad de Tumbes en los días 22 y 23 de agosto del 2014, Tema IV, El control de oficio del plazo de la investigación (Propuesta del Equipo Técnico institucional de implementación del CPP del 2004) se dice finalmente lo siguiente: “sin pervertir la norma procesal promoviendo un excesivo garantismo que resulta inoficioso o por demás burocrático en su tramitación haciendo de un proceso acusatorio adversarial garantista una mera declaración”.

Situaciones como éstas se presentan continuamente, donde la invocación de a la eficiencia es un solo discurso declarativo porque difícilmente vamos a ver que se tomen decisiones a favor de la celeridad de los procesos.

Notamos claramente que en cientos de casos en donde se han dictado algunas normas con el claro propósito de agilizar los procesos como fue la ley 7553, estos no han sido atendidos por los jueces.

En la referida ley se dispuso que los jueces ampliaran de oficio el plazo de la investigación (antiguo código de procedimientos penales), buscando con ello evitar las dilaciones que significaba la remisión del expediente al Ministerio público para que éste se pronunciara sobre la necesidad de la ampliación, (el cual consumía varios meses para su devolución), pero aun así los juzgados no la acataron bajo la idea de que se vulneraba el principio acusatorio, y siguieron remitiendo el expediente al ministerio público.

Los plazos excepcionales se convirtieron prácticamente en los plazos ordinarios porque en todos los procesos llevados con el código de procedimientos penales llevaron la ampliación de manera mecánica.

Habría que destacar no obstante que la necesidad de agilizar los procesos ya se hace patente al punto que el mismo código procesal penal calificado de garantista, ya incorpora algunos dispositivos que tienden a considerar a la eficiencia. “La sentencia leída en ausencia del inculpado”. “El desistimiento de la apelación ante la incomparecencia del impugnante o de su abogado en la audiencia de apelación”. “La limitación de pronunciamiento por el superior a los puntos discrepantes y expuestos en el escrito de apelación”, son algunos ejemplos de ellos.

Enfatizamos entonces, que no puede darse una conjunción de principios sin que ambos no cedan una parte de su ámbito. Es por eso que resulta iluso invocar la aplicación absoluta de las garantías procesales y a su vez reclamar la eficiencia de la administración de justicia, porque ésta última solo puede darse con la restricción de las primeras.

Sin embargo, cualquier propuesta de restricción de garantías del debido proceso corre el riesgo de ser rechazado mayoritariamente, porque como lo hemos venido señalando hoy en día asistimos a un auge de los llamados derechos fundamentales los cuales a su vez se encuentran en plena expansión y con carácter universal por el llamado “efectos de irradiación” y en este contexto cualquier flexibilización de las garantías procesales es calificado automáticamente como propio de un derecho penal del enemigo. Empero, como lo hemos venido resaltando, si bien no se ha planteado abiertamente este problema, la praxis judicial ha venido reconociendo implícitamente la necesidad de esta restricción.

A pesar de todo ello, tales restricciones no surten el efecto deseado, y esto es así, porque tal como lo he venido destacando, “Son las propias concepciones sumamente garantistas enmarcadas firmemente en las mayorías de los operadores del derecho lo que

verdaderamente determinan el estancamiento de los procesos penales y con ello la ineficiencia del sistema de justicia”.

Decimos esto, porque en nuestro medio a diario nos encontramos con posturas que claman por las garantías y olvidan por completo los otros principios que también deben ser observados en la tramitación de los procesos.

Como dice Friedmann (1966):

El derecho debe aspirar a la certidumbre y a la justicia, pero que dichos objetivos están constantemente en conflicto uno con otros, y lo que enseñan los grandes jueces no es el conocimiento infalible ni una respuesta cierta para todos los problemas sino la percepción de los problemas de la sociedad contemporánea (p. 78).

2.1.17. La garantía y la prevención

La tensión entre garantía y prevención, es un problema que se viene dando desde cierto tiempo atrás, ya que ambas concepciones tienen orígenes completamente distintas, es así, que mientras el “liberalismo” como fuente histórica del garantismo, promueve y se prevalece las libertades del individuo, el “comunitarismo” por su parte, atendiendo los intereses de la sociedad pone mayor acento en la seguridad colectiva y por ende se orienta con mayor rigor sobre la prevención.

La mayoría de la doctrina se inclina por una tesis conciliatoria entre ambas doctrinas, esto es el mantener el respeto por las garantías individuales sin abandonar la función preventiva que se tiene ante la sociedad.

Dicha concepción mixta, parte de entender que ambas actúan como una limitación recíproca que impide que el exceso de una de ellas pueda conducir a la irracionalidad.

Como lo apunta el Jurista colombiano Alcárcel (2002); “A mayor prevención mayor detrimento de las garantías individuales, y a mayor maximización de las garantías menor funcionalidad preventiva” (p.60).

Salas (2004), por su parte considera que “si bien el concepto de garantismo implica el reconocimiento expreso de derechos y garantías a favor del imputado como también de la víctima, resalta la necesidad de que dicho principio vaya acompañado de eficiencia en la aplicación del derecho penal” (p. 96).

No obstante, existen autores como Binder (2013) que son enfáticos en destacar el abierto contraste que “existe entre ambos principios lo cual impide la posibilidad de establecer una “síntesis”, y que más bien lo que debe operar es un “equilibrio” entre ambos intereses”.

En base a esta concepción, el mencionado autor refiere que en la realidad ambos intereses intervienen limitándose recíprocamente.

Desde nuestra posición consideramos que en efecto muy difícil conjugar ambos intereses sin que opere alguna restricción en ellos, es por eso que las definiciones que continuamente encontramos en muchas literaturas no pasan de ser ideales porque invocan la concurrencia simultánea de ambos principios, pero rechazan a su vez alguna limitación alguna.

Resulta lógico que, en un Estado Democrático de derecho, toda sanción debe atender la protección de la libertad del delincuente frente al poder del Estado, pero también debe considerarse los presupuestos ideológicos de la prevención, es decir, los intereses de las potenciales víctimas.

Sin embargo, como hemos venido diciendo a través del presente trabajo tal interés por la justicia ha sido asimilado a la venganza irracional y por ello algunos prefieren afirmar que la finalidad del derecho penal no sería la de sancionar los delitos, como una forma de realizar

la justicia, sino la de conseguir la conciliación de las partes mediante el resarcimiento. Esto es, lo que se conoce como derecho penal de tercera vía.

Bidasolo (2010) se constituye como uno de los exponentes de esta tesis cuando afirma que:

Estamos volviendo a la retribución en aras de una teórica función de la realización de la justicia...Se olvida que un Estado social democrático de Derecho, al derecho penal tal como lo manifiesta Mir Puig, se le atribuye una función de prevención limitada y no una función de realización de justicia (p. 56).

Vemos entonces que desde las posiciones más radicales se produce un cambio trascendente sobre lo que sería el fin del derecho penal, excluyéndose a la justicia como dicho objetivo, y en su se le reemplaza por la búsqueda de la conciliación.

Los defensores de ésta tercera vía del derecho penal, afirman que no estaría abandonando a la justicia como fin del derecho penal, sino que se estaría dando una nueva concepción a dicho término, vale decir que en lugar de la “justicia retributiva” que impone siempre una sanción ante un hecho delictivo, se estaría optando por una “justicia restaurativa” en donde se procura busca reparar el daño a la víctima y a su vez se evita a su la estigmatización y desarraigo del trasgresor.

Se dice que con la justicia retributiva solo se atiende el interés de la víctima y de la comunidad, en tanto que con la justicia restaurativa se persigue la conciliación de las partes y que siendo así solo ésta última tendría aceptación en un Estado Democrático de Derecho, ya que la primera como se ha venido señalando es catalogada como reacción pasional de la víctima o de la ira colectiva.

Se replantea así el concepto de justicia legal utilizado por el derecho penal y en su lugar se propone otra forma de justicia con la finalidad de justificar la implementación y ampliación de los mecanismo alternativos que hoy en día se recurren como soluciones

inmediatas y sin recurrir a la sanción penal. La justicia material consecuentemente es dejada de lado, soslayándose su importancia en la estabilidad y la confianza en la sociedad.

Asumir un concepto de justicia restaurativa donde se deja la resolución de los delitos a la incumbencia exclusivamente de las partes, implica despojar al derecho penal de su carácter público el cual consiste en el interés que tiene la sociedad de conocer la verdad de los hechos y de la sanción que se impone al trasgresor; esto explica por qué tales mecanismos son adoptados únicamente con carácter “excepcional” puesto que la legitimidad del sistema de justicia descansa en ésta garantía constitucional (La publicidad de los procesos).

Dicha crítica alcanza también a las otras medidas alternativas llamadas consensuadas o negociadas, como son la terminación y la conclusión anticipada, en donde se simplifica el proceso con la sola aceptación de los cargos que hace el inculpado, puesto que en estas formas de terminación se prescinde del juicio público que permite garantizar la actuación correcta de la administración de justicia. De allí que proponemos que esta forma de resolución debe estar limitada para delitos que no sean de mucha gravedad o que no causen grave conmoción social.

La aplicación de una justicia material es relevante porque está ligada ineludiblemente al grado de la culpabilidad del su autor. La sanción que se impone debe ser proporcional a ella, lo cual resulta muy difícil determinarse en estos mecanismos que acortan el proceso, y en donde la pena que se impone deviene exclusivamente obre el acuerdo arribado entre el inculpado y el Ministerio público.

Se ha dicho como respuesta a esta crítica, de que la aceptación de los cargos vendría a ser el fundamento para determinación de la pena, pero como bien lo apunta Moreno (2014) “El sometimiento a la sentencia que es consecuencia de una negociación solo certifica la

fuerza de la coacción estatal, pero poco dice sobre la inquebrantabilidad del derecho” (p. 770).

Pero además de lo señalado, esta forma de solución es cuestionada desde el punto de la prevención general, puesto que es difícil atribuir tal efecto desde la llamada justicia restaurativa, dado que la reposición de los bienes o la compensación no siempre tiene ese efecto desalentador sobre la comisión de otros posibles delitos.

Es innegable que se produce una repercusión de carácter económico sobre el autor y que en cierto modo puede significarle una situación desfavorable que no quisiera volver a atravesar, e incluso que se puede asimilar a los efectos de la multa que se impone como sanción en algunos ilícitos, pero no podemos dejar de reconocer que en estos casos la prevención es mínima y en otros ni siquiera genera dicho efecto, como sucede en las personas que gozan de gran solvencia económica, en donde el pago del resarcimiento les resulta insignificante.

Por otra parte, la multa como sanción económica tiene otras características distintas a las soluciones puramente compensatorias, ya que, al constituirse como sanción penal, ésta puede ser convertida por una de privativa de libertad en caso de incumplimiento, y además, conlleva a los antecedentes. Lo cual no sucede con estos mecanismos alternativos.

Por último, habría que resaltar que la multa como pena principal o alternativa es muy escasa en nuestro Código Penal.

Pero a todo ello, los mencionados acuerdos resarcitorios se concretan entre la víctima y el agresor, y en ese escenario es muy difícil que se pueda cumplir con la función preventiva porque ésta requiere del conocimiento público como ocurre en los juicios penales.

Como bien lo apunta el Dr. DirkFabricius (2009); “la función disuasiva que cumple una pena opera eventualmente si el proceso y su resultado son de carácter público”.

De igual manera, estas formas de solución si bien aportan simplicidad y rapidez en la solución de los conflictos porque prescinden del proceso y en otros casos acortan sus etapas, en cambio significan una renuncia a la “verdad” como uno de los fines del proceso penal.

Algunos han intentado salvar estos cuestionamientos con el argumento de que la aceptación al pago del resarcimiento implica una aceptación de los hechos imputados tal como están formulados, y contendrían a su vez el arrepentimiento del autor, lo que en cierta medida significaría una forma de prevención.

Esto no es tan cierto, porque el esclarecimiento de la verdad exige la indagación y verificación sobre la forma y circunstancias y modo en que se cometió el delito, los sujetos que intervinieron, grados de participación, móviles, fines etc. Lo cual no puede ser equiparado en modo alguno a una simple aceptación.

Lo mismo puede decirse sobre el posible “arrepentimiento” alegado por los defensores de estos mecanismos, puesto que en estas soluciones de carácter consensual no resulta relevante éste elemento subjetivo, vale decir, el ánimo con que procede el agresor al momento de concertar con la víctima, porque lo definitivo y determinante en realidad, viene a ser la concreción del pago, independientemente que éste se haga con el sincero sentimiento de restaurar el daño o simplemente para liberarse del problema judicial.

Debemos reconocer definitivamente que este mecanismo alternativo llamado “justicia restaurativa”, la cual, si bien ofrece innegables ventajas desde el punto de vista de la prevención especial, esta debe mantener su carácter de excepción dada las dificultades que presenta para cumplir con la función de prevención general.

Precisamos, que la excepcionalidad a la que nos estamos refiriendo no es al “principio de indisponibilidad” que tiene el Estado en la persecución de los delitos públicos y del cual no puede desistirse, si no al campo de aplicación que tienen estos mecanismos alternativos.

La sanción penal como se sabe emite siempre un mensaje hacia colectividad con la finalidad de que los demás adecuen su comportamiento conforme a las normas establecidas. Como bien lo menciona Alcócer (2014) “La pena no solo mira hacia el pasado sino también hacia el futuro” (p. 32) , y en ésta última se cumple con la orientación preventiva consistente en la evitación de comportamientos delictivos.

Ahora bien, con esto no queremos decir que todo delito debe conllevar ineludiblemente a una sanción, porque sabemos que existen casos donde la pena no se hace necesaria, como sucede en las situaciones donde el mismo autor resulta gravemente afectado por sus propios actos o en los delitos de bagatela donde si bien puede existir el merecimiento de pena en cambio no se requiere de la imposición de la sanción por que ésta carece de importancia desde el punto de vista social, de tal forma que mantener la importancia de la justicia como la prevención no significa en modo alguno desentender algunas situaciones especiales que se dan en el derecho penal.

Nuestra Constitución en su artículo 44 donde se establece los deberes primordiales del Estado, señala que es el deber del estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, pero también se menciona en la misma norma que son deberes primordiales el “promover el bienestar general y que se fundamenta en la “justicia”.

El concepto de justicia es expresado por algunos penalistas nacionales como Nakasaki (2009) para quien “El sistema procesal constituye una función del Estado y como tal aún sea ésta realizada por algunos sujetos que no tienen función jurisdiccional importa un ejercicio público trascendente, tal vez el más importante que realiza el Estado como es el impartir justicia” (p. 16).

Esta concepción se ve igualmente asumida por Castro (2006), cuando afirma de manera categórica que “la realización del derecho penal está sujeta a un fuerte interés público que exige un procedimiento sustraído a las disposiciones de las partes” (p. 10).

Valdría recordar así mismo, que el propio Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la reincidencia invocó estos mismos principios enfatizando que “la constitución contiene un sistema de valores referidos tanto a los derechos fundamentales como también de los derechos de los ciudadanos, y en tal razón la prevención tanto general como especial gozan de protección constitucional”

La corriente moderna de cual discrepamos considera que la reparación del daño es la finalidad principal del derecho penal, y en esa línea de pensamiento sugieren como una tercera vía a esta fórmula en lugar del derecho punitivo ya que los delitos podrían ser enfrentados de mejor manera con el resarcimiento el cual resulta más humano y racional que el llamado derecho penal punitivo, pero lo cierto es que ello no siempre es así porque los efectos pueden resultar contrarios a los fines que se persigue.

Así a modo de ejemplo, cuando se incurre en el delito de “omisión a la asistencia familiar”, es factible que tanto la víctima como el trasgresor arriben a un acuerdo donde el autor concrete el pago o se comprometa a cumplirlo dentro de un corto plazo y además asuma un pago adicional como indemnización por la demora incurrida, sin embargo esta fórmula enfoca el problema de una manera muy superficial al punto que concibe al delito de omisión a la asistencia familiar a una simple deuda alimenticia y ve al proceso penal como un mero instrumento para obtener dicho pago descuidando el verdadero sentido teleológico de la norma, como es su finalidad de protección del menor, evitando el riesgo que significa para su supervivencia la privación de alimentos y de otras necesidades elementales para su desarrollo integral.

A través de esta norma el Estado en su función de protección del menor, procura alejar cualquier situación de riesgo para el alimentista, de allí que ésta norma tiene carácter de ser un delito de “peligro”, porque no requiere la producción de un daño en la vida o en la

salud del menor para su configuración, basta su sola puesta en peligro para que se perfeccione el delito.

Este adelantamiento de las barreras de protección tiene su explicación en la importancia que tiene la alimentación adecuada en los menores, sobre todo en las primeras etapas de su infancia donde se encuentra en formación su sistema cerebral. Una deficiente nutrición consecuentemente no solo repercute en la salud del menor sino fundamentalmente en su proyecto de vida, de allí que si bien dicho delito es de peligro, ello no implica desconocer que en la realidad tal omisión puede generar algunos daños irreparables para el futuro del menor.

Es obvio que cuando el obligado se ha desatendido persistentemente su obligación y resulte por ello denunciado, el proceso penal no prosperará si se arriba a un acuerdo reparatorio con la víctima o su representante. Pero cabría preguntarnos en estos casos, si realmente esta solución lo desincentiva a no incurrir nuevamente en su conducta omisiva, habida cuenta que hasta el último momento el trasgresor sabe que puede librarse de la persecución penal con solo cancelar la deuda alimenticia .

¿Podemos decir que esta salida alternativa fomenta en verdad el pago oportuno? o por el contrario promueve la desidia? En realidad, resulta complicado asumir que estos casos se cumplen con la función de prevención general

Muchas veces, el retraso de los pagos por conceptos de alimentos deviene de varios años, y con el acuerdo reparatorio el dinero llega tardíamente, vale decir, cuando el alimentista ya ha dejado de ser niño, y ya nada podrá revertir lo perdido. (incluyendo los estudios que se tuvieron que renunciar dejados) ¿Puede acaso decirse que en esta situación se ha hecho justicia?

Similar caso puede ocurrir con algunos delitos contra el patrimonio como es el hurto simple, en donde el autor al saber que de ser descubierto solo tendría que devolver el bien y

un pago adicional para no afrontar el juicio, entonces al evaluar los costos y beneficios de su decisión opte más bien por la comisión del delito.

Felizmente el legislador ha advertido estas falencias que en nada favorecían a la prevención y recientemente ha introducido algunas modificaciones en el artículo segundo del nuevo código procesal penal restringiendo la aplicación del principio de oportunidad a todos aquellos que se hallan sometido con anterioridad a esta figura de simplificación, como también a los que ostentan la calidad de reincidentes.

Como hemos venido señalando los recientes cambios incorporados con la ley 30076, han reducido y limitado la aplicación de estos mecanismos alternativos, constituyendo un indicativo de que tales formulas resarcisorias están lejos de sustituir al derecho penal.

Se dice que la aplicación del derecho penal solo hace adicional un mal a otro mal y por lo tanto no sería ser el medio más idóneo para resolver los problemas entre los individuos. Los seguidores de la corriente radical inciden en la reparación del daño como el mejor remedio para resolver los conflictos, sin embargo, tal posibilidad solo puede darse para las trasgresiones que se ubican en los umbrales del derecho penal y el derecho administrativo sancionador como son los daños, las lesiones leves, las apropiaciones ilícitas, los delitos culposos, entre otros de poca magnitud y en donde además no despierta de manera importante las expectativas de los demás.

Es por esa razón de que la figura del resarcimiento solo es susceptible de aplicarse mínimamente en comparación con el resto de los delitos, y siendo así, mal diríamos entonces, que teniendo carácter excepcional se considere a su vez como una fuerte tendencias a la desaparición del derecho penal y más aún cuando la reciente ley 30076, publicada en el año 013 ha restringido todavía más la procedencia de estos mecanismos

Ahora bien, como se sabe la pena debe ser proporcional a la culpabilidad, y en ese punto existe igualmente consenso en que este elemento es lo que fundamenta la sanción y

éste componente no estaría siendo evaluado en estos tipos de salidas alternativas lo que lo hace más cuestionable desde estos principios del derecho penal.

La Justicia consecuentemente debe estar impregnada en todas las resoluciones de que emiten los jueces para transmitir confianza como también seguridad a los miembros de la sociedad. El principio de audiencias públicas (salvo excepciones) permite a la sociedad vigilar la imparcialidad, transparencia, y equidad en que deben desarrollarse los juicios penales.

Algunos autores sean mostrado abiertamente contrario a esta forma de resolución de justicia compensatoria como es el caso de mencionar a García (2008) quien considera que en el fenómeno criminal es imprescindible comprometer a la propia comunidad porque éste hecho deben ser contemplado como un problema social.

El mencionado jurista español califica esta forma de solución compensatoria como “Justicia de aldea” porque alimenta imágenes privatizadoras sobre el conflicto criminal y sus soluciones son pocas respetuosas de las garantías ciudadanas. Agrega que “Esta forma de justicia restaurativa significaría una regresión anacrónica y peligrosa a las fórmulas utópicas ingenuas y reprivatizadoras de imprevisibles consecuencias antigarantistas

Destaca, asimismo, que “el crimen no es un problema privado o doméstico que incumba solo al infractor y a la víctima sino un problema social y comunitario cuya respuesta la monopoliza el Estado” (García, 2008).

Por otro lado, el referido autor se pronuncia por la no renuncia radical al castigo como lo proclaman los abolicionistas por su escaso realismo, concepción a la que nos suscribimos porque como ya lo hemos venido afirmando la sanción tiene efectos preventivos generales como especiales.

Creus (2003), también es partidario de la función preventiva de la pena. Dicho autor señala que

(...) la pena distanciándose de su función reparadora, se propone prevenir la comisión de delitos, sea esterilizando a un sujeto dado como autor de futuro de los delitos, sea inhibiendo los impulsos de quienes no han cometido delitos mediante la mostración de su ejecución en quien los cometió (p. 200).

Destaca así mismo que:

En la necesaria repercusión social del derecho, no es posible justificar la pena reduciéndose al universo personal de quien la soporta, es decir, quedando en la pura responsabilidad de dicho sujeto. En este universo la pena es retribución y en ella se justifica, pero en su trascendencia social (que es la propiamente jurídica), la pena solo puede servir para prevenir y en ella radica su justificación. (Creus, 2003, p. 78).

La tesis que discrepamos viene revestida en cierta forma, de ese garantismo absoluto, porque además de los intereses de la víctima, procura evitar la sanción penal por considerarla que disocializadora, desechando el interés que tiene la sociedad de conocer la verdad, por ello es calificada en la doctrina como la “deformación del derecho”, porque el derecho penal no solo está orientado a restituir sino fundamentalmente a proteger bienes jurídicos y para ello mantiene su función de prevención general.

2.1.18. El retroceso del excesivo garantismo

Pese a todo lo señalado líneas arriba, debemos reconocer con mucha satisfacción que la necesidad de rectificar el pensamiento ultragarantista ya se vienen asomando en nuestras máximas instancias. En efecto, en algunas de sus resoluciones se viene advirtiendo un giro importante sobre sus criterios que inicialmente estuvieron revestidos de una gran dosis de garantismo.

En cuanto al Tribunal Constitucional podemos decir que las sentencias que emitía inicialmente no solo eran extensas en argumentación, sino que además asumieron un criterio

amplio en la admisión y procedencia de las acciones de garantías como el Habeas Corpus y el Amparo, acogiendo toda clase de recursos incluso excediendo de su propia competencia.

Con el paso del tiempo y con el problema de la sobrecarga que generaron sus propios precedentes, aunado a los cuestionamientos que despertaron algunos pronunciamiento sobre temas propias de la justicia ordinaria, dicho organismo se vio obligado a reformar sus reglas de procedencia, sobre todo los referidos a los habeas corpus donde se acudieron a nuevos criterios para admitir las demandas, El Tribunal constitucional entendió que la desmedida protección de éstos derechos del procesado podría conducir a la inoperancia del sistema

En referencia a lo señalado podemos mencionar a los famosos habeas corpus planteados contra “autos de apertura de instrucción” bajo el sustento de que se vulneraba el principio de imputación necesaria, cuando la resolución que daba inicio al proceso penal, no describía detalladamente las formas de la comisión del delito, el grado de participación del inculcado, el grado de comisión del mismo, la tipicidad específica, entre otras circunstancias detalles que la defensa consideraba relevante para conocer con precisión los cargos que enfrentaba.

El Tribunal Constitucional no solo amparó las demandas que alegaban alguna omisión de estos requisitos, declarando la nulidad de dichas resoluciones, sino que además estableció criterios vinculantes sobre los jueces para que estos observaran rigurosamente el cumplimiento de estos presupuestos.

Ante estos pronunciamientos, los abogados vieron en este recurso una posibilidad de conducir el proceso según sus intereses, puesto que, salvo contadas excepciones, la mayoría de los autos de apertura que emiten los jueces adolecen de ciertas deficiencias, y siendo así, los abogados se reservaban estratégicamente estas observaciones para hacerlas valer el final de la etapa de instrucción y solo cuando se citaba para lectura de sentencia. El habeas corpus era declarado fundado, disponiendo la emisión de nueva resolución y consiguientemente

disponía la regresión del proceso hasta esa etapa inicial, lo que implicaba practicante volver a fojas cero.

Por fortuna el mismo Tribunal se percató del error en que incurría al declarar fundado el habeas corpus ante la alegación de cualquier omisión del auto de apertura de instrucción, sin hacer distinción alguna sobre la trascendencia de los datos e incluso de la oportunidad para formularlo, y por ello en posteriores pronunciamientos precisó que estas demandas solo procedían cuando las omisiones fueran sustanciales, y aclaró igualmente que tampoco procedía dicha acción constitucional cuando el inculpado haya obtenido plena información de estos cargos a través de las diligencias en que haya intervenido durante el desarrollo del proceso.

Con este nuevo pronunciamiento, el tribunal cortó estas maniobras maliciosas de algunos abogados que no solo abarrotaron al mismo órgano constitucional, sino que también dilataban innecesariamente los procesos en los juzgados penales. Esta nueva postura, si bien no dejó de otorgar protección a este derecho que forma parte del debido proceso, sí fijó límites que antes no se hacían para su procedencia. En otras palabras, rectificó la posición extrema que inicialmente asumió.

Similar situación se presentó con los pronunciamientos sobre los autos de rechazo e improcedencia del habeas corpus que emitían los jueces constitucionales contra las demandas que no estaban referidas de manera directa a un derecho constitucionalmente protegido. El Tribunal Constitucional señaló en varias ejecutorias que no era procedente el rechazo liminar de la demanda, si no que hacía necesario realizar algunas indagaciones antes de resolver de ese modo.

Con este parecer del Tribunal impedía que el Juez rechazara de plano la demanda de habeas corpus, y a pesar de que en algunos casos resultaba notoriamente su improcedencia, de todos modos, el juzgado tenía que admitirlo, practicar algunas diligencias para luego

declarar su improcedencia. Posteriormente el Tribunal entendió sus consecuencias nocivas de esta decisión y rectificando su criterio inicial permitió luego el rechazo liminar de ciertas demandas, evitando así la continuación del trámite que resultaban innecesario y solo contribuían a recargar innecesariamente los juzgados.

Recientemente el 2014, con la nueva conformación del Tribunal Constitucional se anunció la observancia de éste nuevo criterio para resolver el gran número de casos que se encuentran pendiente de pronunciamiento de resolución final, y que alrededor de del 80 por ciento de estos terminan siendo declarados improcedentes. Espinoza (2014), miembro de este organismo expreso que “(...) la mayoría de estos procesos nunca debieron llegar al Tribunal Constitucional” Dicho magistrado enfatizó además que con esta nueva decisión “Se eliminaba discusiones inútiles sobre procesos que son injustificados”.

Tuvo que transcurrir varios años para que el mismo Tribunal Constitucional reconociera el error que significó exigir la admisión de toda demanda como todo recurso sobre las acciones de garantías y ya abrumados por la sobrecarga innecesaria (más de 6,000 casos en espera) decidiera modificar este criterio entendiendo que en verdad que muchos de estos procesos resultaban totalmente infundados.

Caso similar ocurrió con las demandas de habeas corpus contra las actuaciones del Ministerio Público en donde algunos juzgados declaraban la improcedencia porque estas no tenían conexión con la libertad individual, sin embargo, el Tribunal amparó algunas de ellas indicando que si resultaban procedentes ya que de manera indirecta guardaban relación con la libertad abriendo paso a nuevas demandas contra dicho órgano estatal.

No pasó mucho tiempo para que el mismo Tribunal rectificara su posición e incidiera en que solo las decisiones del órgano jurisdiccional podrían restringir de alguna manera la libertad ambulatoria y consiguientemente destaca la importancia de la vinculación directa que

debería darse entre el derecho supuestamente afectado y la libertad individual, declarando así la improcedencia de estas demandas.

La debida motivación de las resoluciones judiciales como una de las garantías del debido proceso tampoco fue ajena a esta tendencia hipergarantista, ya que fue igualmente exigida en demasía al grado de que prácticamente toda sentencia era susceptible de ser calificada como deficiente. Se reclamaba una exhaustiva y minuciosa fundamentación de lo que se resolviera, al punto de que cualquier concepto debía ser previamente explicado detalladamente bajo el riesgo de ser cuestionado y ser anulado a través de estas acciones constitucionales.

No fueron pocos los jueces que tuvieron que recurrir a las citas doctrinarias de manera exagerada y a la sobre abundancia de definiciones y argumentos que incluso en algunas veces no guardaban relación con el caso examinado, pero igual eran utilizados para mostrar la “suficiencia de la motivación”. Las citas bibliográficas y referencias sobre acuerdos plenarios dejaron de ser opcional para pasar ser obligatorias. La Corte Suprema también comenzó a declarar nulas muchas sentencias bajo supuestas deficiencias.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, las resoluciones decayeron en calidad de argumentación puesto que más atención se le prestó a la forma que al fondo de la controversia. Las referencias teóricas, citas bibliográficas, definiciones de conceptos doctrinarios vinieron a reemplazar a los juicios de razonamiento, las simples pero extensas referencias de términos jurídicos ocuparon casi la totalidad de las páginas y el desarrollo sobre el caso concreto era mínimo. Se tergiversó el verdadero sentido de la fundamentación y se le confundió con abundancia de redacción.

Al igual que los otros casos, el Tribunal Constitucional rectificó este desmesurado estilo, y precisó en varias de sus ejecutorias que la fundamentación no tenía que ser

necesariamente abundante porque aun siendo concisa podía cumplir con esta garantía en cuanto explique con claridad el razonamiento del magistrado.

Sin embargo, este estilo desmesurado ha dejado secuela porque aún seguimos viendo estos tipos de resoluciones que son extensas pero que en realidad dicen poco

Quizás, la postura garantista más extremas mostrada por el Tribunal Constitucional, sea la que exhibió en el famoso caso del general “Chacón”, donde al declarar fundado el habeas corpus por la dilación injustificada de su proceso, ordenó la inmediata libertad del inculpado y dispuso a su vez el archivamiento definitivo del proceso. Esta decisión fue duramente criticada por todos los especialistas, porque desconoció totalmente la competencia de la justicia ordinaria y porque además soslayó la existencia de otras instituciones preestablecidas como límites de la persecución penal como es la figura de la prescripción.

Como era lógico, al poco tiempo se presentaron otras demandas por casos similares reclamando igual tratamiento. Sin embargo, en esta oportunidad el Tribunal Constitucional pese a declararla fundada, solo dispuso la realización de un descuento sobre la pena que impondría la justicia ordinaria. Con esta nueva postura, el tribunal reconoció el error en que había incurrido y la situación incómoda en que se encontraba por dar una protección desmedida al procesado.

Hasta hace poco en los lugares donde no estaba vigente el nuevo código procesal penal, no se permitía la lectura de sentencia sobre un procesado que no concurría a la audiencia de lectura de sentencia, pese a que había concurrido a todas las audiencias anteriores.

Se alegaba que tal posibilidad solo podría darse con el nuevo código procesal mas no así con el antiguo código de procedimientos penales que no preveía estas situaciones; esto generaba que muchos juicios se quebraran como estrategia de la defensa que ante una inminente sentencia buscaba quebrar las audiencias para obtener un nuevo juicio donde

podiera reformular sus planteamientos, contar algunas veces con una nueva conformación de la sala y obligar nuevamente a la concurrencia de testigos, peritos que por lo general ya dejaban de asistir por gastos y tiempo que demandaban sus traslados. Se daban casos en que por estas razones los juicios se quebraban más de una vez y se hacía inútil todo el trabajo realizado como también el tiempo transcurrido.

Fue recién en el año 012 donde la sala permanente de la Corte suprema mediante una ejecutoria vinculante permitió la emisión de la sentencia para estos casos, terminando con estas argucias que lo único que hacían eran favorecer las impunidades como también aletargar los procesos.

La Sala Suprema señaló en dicha sentencia que “que la declaración de quiebre retrotrae todo a un estadio inicial del acto oral y lo convierte en ineficiente”.

Caso similar se observó sobre las “Audiencias de tutela” que se encuentran comprendidas en el artículo 71 del código procesal penal, y que operan como medios de protección para el procesado ante la vulneración de sus derechos reconocidos al inculpado y en donde inicialmente la corte suprema los entendió de manera amplia señalando que dicha audiencia procedía para todos los casos en que el ordenamiento legal no estableciera una vía específica para subsanar la vulneración de esos derechos.

Sin embargo, advirtiendo luego que ésta amplia interpretación generó constantes pedidos de audiencias de tutela al punto que atiborraban los juzgados y distraían desmesuradamente el tiempo en esos órganos jurisdiccionales, la misma corte suprema a través de una resolución casatoria rectificó dicha postura indicando que dicha norma (artículo 71 del NCPP) “debería ser entendida como una cláusula cerrada y por ende no debería incorporarse vía interpretación nuevos supuestos porque ello implicaría un abuso ilegítimo y la desnaturalización de dicha figura”. La corte suprema se inclinó ahora entonces por la interpretación restrictiva.

La Corte Suprema, igualmente, luego de advertir estas situaciones que dilataban el proceso dictó algunas pautas mediante resoluciones administrativas con la finalidad de cortar estas malas prácticas, pudiendo mencionar entre ellas:

- Exhortación a o a los jueces a completar e integrar las sentencias venidas en apelación en cuanto fuera posible.

- Declarar la nulidad solo en casos muy necesarios.

- No inhibirse ante cualquier pedido de las partes, precisando que incluso las quejas a su persona no daban lugar a su apartamiento del proceso.

- Las motivaciones defectuosas no producían siempre la nulidad sino solo aquellas que carecían totalmente de ellas.

- Se dictaron algunas leyes que prohibían expresamente y bajo responsabilidad las ampliaciones fuera del plazo fuera de ley.

Todas estas medidas vinieron como consecuencia del excesivo garantismo en que incurrieron los jueces.

Estos cambios ponen en evidencia que en los últimos tiempos se vinieron atendiendo a las garantías del inculpado de manera desmesurada y en desmedro de la eficiencia, soslayando que el Estado tiene también el deber de satisfacer las demandas de justicia que su población reclama, y esta respuesta debe verse reflejada ineludiblemente en la celeridad de los juicios.

El Estado no puede descuidar éste legítimo interés colectivo bajo el riesgo de generar un clima de inestabilidad que trasciende más allá del campo puramente jurídico. Un poder judicial que no funciona pierde progresivamente la confianza de su población y con el tiempo ve resquebrajada su legitimidad.

Un caso palpable de lo afirmado, es lo sucedido en el famoso caso de los “Petroaudios”, donde el Poder judicial termina archivando el proceso contra dos de los

principales implicados a quienes se les venía investigando por un presunto delito de colusión, sin embargo el órgano jurisdiccional decide recientemente dar por archivado el caso contra los mencionados inculcados por haber operado la prescripción (más de seis años transcurrido desde la fecha en que se habría cometido el delito).

Dicha resolución sorprendió a todos que esperaban el esclarecimiento del delito y la sanción de los responsables, e incluso mereció el pronunciamiento del presidente de la República dado el interés general que despertaba la investigación por involucrar a ciertas figuras políticas.

Para muchos, la resolución por la cual se excluye definitivamente del proceso a estos dos inculcados resultó decepcionante y se criticó duramente al poder judicial por la excesiva demora incurrida en esta investigación. No faltaron voces suspicaces que pusieron en duda la imparcialidad de los jueces por la dilación considerada incompatible con un procedimiento regular.

Definitivamente, a ninguno de nosotros nos puede parecer admisible que un proceso penal pueda extenderse tanto que conlleve a su propio archivamiento y con ello a la impunidad de los responsables (de ser el caso), pero esto es lo que realmente ocurre en un sistema de justicia atiborrado de garantías.

Tal como un caminante que en su largo viaje se resiste a llevar solo lo necesario, y en lugar de ello decide cargar con todos los accesorios requeridos incluyendo hasta lo más mínimo, de seguro que esa carga pesada le impedirá llegar prontamente a su destino, y en ciertos casos, de nada le habrá valido el recorrido porque el objetivo buscado ya se ha desvanecido por el transcurso del tiempo. Así de igual sucede con el proceso cuando se intenta revestirlo de todas las garantías y a su vez alcanzar la eficacia.

Es claro que el excesivo garantismo puede conducir a situaciones totalmente contradictorias porque al final termina afectándose así mismo, ya que “Tutela judicial

efectiva” es precisamente una de las garantías que lo conforman, y ésta resulta afectada cuando no se obtiene una resolución judicial en un tiempo adecuado.

Las garantías como se sabe son normas que otorgan las condiciones necesarias para la efectivizar y proteger un derecho, y en el caso de las garantías que corresponden al “debido proceso” dichas normas en su mayoría guardan relación con los derechos fundamentales, (presunción de inocencia, de defensa, de igualdad de partes) y éstos, a su vez, como lo resalta Alfonso (2011), poseen carácter de “principios.”

La consecuencia de ello es que, conforme a estos conceptos, su aplicación debería ser extensiva, porque los principios son “mandatos de optimización” o como se les define también constituyen “normas que ordenan cumplir o realizar algo en la mejor medida posible”. Bajo tal definición resulta obvio que a simple vista toda restricción resultaría contraria a su naturaleza. No obstante, no podemos perder de vista que en la situación en que nos ubicamos se da una colisión de intereses (garantías y celeridad procesal), y en estas circunstancias se debe acudir a la ponderación de ellos.

Kumm (2011) afirma que en el marco del principio de proporcionalidad los intereses individuales como colectivos se ubican en el mismo plano, de tal forma que la idea de que en un Estado de derecho debe darse siempre la prevalencia de los primeros (garantías) no es del todo cierto, porque bajo estas situaciones es completamente factible que algunos de estos derechos puedan ceder en algún punto para la en beneficio del otro.

Un ejemplo palpable de esta necesidad de restringir derechos en pro de la eficiencia lo constituye el decreto legislativo 1194 emitido en noviembre del año 015 por el cual reformó el “proceso inmediato”.

Sobre ello habría que precisar que el proceso inmediato ya estaba contenido en el nuevo código procesal penal como uno de los procesos especiales para los delitos en fragancia, y su característica consistía en la abreviación del proceso al contarse con pruebas

evidentes desde su inicio. No obstante, esta institución creada exprofesamente para resolver con celeridad los casos que demandaban poca actividad probatoria, no llegaron a ser aplicados por los fiscales que por lo general optaban por el proceso común, el cual le deparaba mucho más tiempo para preparar su investigación.

Con la promulgación de esta nueva ley se dispuso la obligatoriedad del Ministerio Público a incoar el proceso inmediato ante los delitos cometidos en fragancia, como también ante los casos en que exista confesión o se cuente con suficientes indicios de su comisión. La mencionada ley añadió además a los delitos de “omisión de asistencia familiar” y a los de “conducción en estado de ebriedad”.

Tan pronto se dio la referida ley se levantaron críticas contra ella de parte de los garantistas que la calificaban de inconstitucional, de atentar contra la autonomía del Ministerio Público, y de atentar contra las garantías del debido proceso. Estos cuestionamientos dieron lugar a que la Corte suprema tuviera que disponer la realización de un acuerdo plenario para dejar sentado la validez de dicha norma y dictar pautas para su aplicación.

En la actualidad este proceso especial viene dando los resultados esperados y se ha convertido en un instrumento eficaz para resolver los casos con prontitud y respetando los principios del debido proceso.

Es verdad que la limitación y acortamiento de los plazos implica una restricción en cuanto a la defensa del inculpado, la realidad nos hace saber que no se puede aspirar a una justicia eficiente sin flexibilizar las garantías.

El pronunciamiento de la Corte suprema respecto a la aplicación de este proceso sumamente abreviado es una muestra evidente de que las concepciones sumamente garantistas que se vinieron asumiendo inicialmente se encuentran ahora revisadas.

Situación similar se ha presentado recientemente con los decretos legislativos promulgados en este año 017, donde se modificaron algunos artículos del Código Procesal Penal, restringiendo la realización de audiencias en algunos casos que resultan complemente innecesarios, como es del caso de la Ley 1307, que modifica el artículo 102° del Código Procesal Penal que disponía la realización de la audiencia para resolver el pedido de constitución en actor civil.

La nueva norma en su lugar dispone ahora lo siguiente:

Artículo 102.- Trámite de la constitución en actor civil

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día.

2. Rige en lo pertinente, y a los solos efectos del trámite, el artículo 8 siempre que alguno de las partes haya manifestado dentro del tercer día hábil su oposición mediante escrito fundamentado.

Como se puede advertir, a la fecha ya se viene introduciendo algunos cambios importantes en el nuevo Código Procesal con el objetivo de desterrar el excesivo formalismo y en su lugar obtener mayor celeridad en la resolución de los procesos.

Otro ejemplo de los nuevos criterios que se vienen asumiendo de manera paulatina en este campo procesal, lo tenemos en la limitación establecida para la Sala Superior para la valoración de las pruebas personales actuadas en segunda instancia.

Artículo 425.-

2. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal, que fue objeto de inmediación el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

Este artículo fue aplicado rigurosamente hasta hace poco, restringiéndose las facultades de la Sala de poder evaluar los testimonios actuados en primera instancia, bajo la idea de que al no haber presenciado estas declaraciones y por tanto careciendo del principio de inmediación, no podría realizar un análisis o una revisión de estos testimonios de manera distinta a la que dio el Juez Penal, situación que generó que ante la existencia de errores en su valoración por el Juez Penal en la sentencia, la sala la mantuviera para no vulnerar dicha norma procesal. No obstante, en la actualidad ya se han venido exponiendo algunos criterios diferentes que permiten ingresar a valorar dichos testimonios cuando en la sentencia se realiza un desarrollo ilógico de ellos o de lo contrario se consigan hechos que el testigo no dijo, ello sería así, porque en un testimonio no solo se evalúa el comportamiento del testigo al momento de llevarse a cabo la diligencia que es propio del principio de inmediación, son también el contenido mismo de la narración, y ese contenido es evaluado bajo un concepto lógico que no necesariamente implica la observancia directa al testigo por la Sala al llevarse a cabo esa diligencia.

Entre los autores que adoptan esta nueva postura, podemos mencionar Peña (2011) e Iberico (2016), incluyendo a Castro (2015), quienes exponen que en la revisión de las pruebas personales de primera instancia, existen “zonas cerradas y zonas abiertas”, la primera de ellas están referidas a la apreciación que hace el Juez de primera instancia sobre el testigo al momento de rendir su declaración y sobre el cual no puede ingresar el órgano de segunda instancia a revisar porque justamente están referidas al principio de inmediación, en tanto que las zonas abiertas corresponden básicamente al contenido de esa declaración, a la historia que se narra y en esta zona si es posible ingresar a su análisis aplicando la lógica de la experiencia para descartar manifiestos errores que lo contrarían y hagan totalmente inverosímil esa narración.

La Sala Superior de Lima respondiendo a los alegatos de la defensa de que se había vulnerado el debido proceso porque el juez ya había revisado la carpeta fiscal al momento de resolver un incidente, y por consiguiente se habría afectado su derecho a un juez imparcial, la mencionada Sala indicó lo siguiente:

“La concurrencia de un Juez a una Sala de audiencia con absoluto desconocimiento de las pretensiones y fundamentos de requerimiento de las partes así como de los recaudos que se acompañan, corresponden a sistemas procesales acusatorios puros estructurados a base de jurados “Jueces legos”, realidad distinta a nuestro sistema procesal penal conformado por jueces técnicos donde no resulta de recibo en su totalidad la mal llamada contaminación del Juez, ni menos predicarse de esta efectos nocivos en el principio de imparcialidad”.

Agrega la Sala, que en nuestro modelo procesal consagrado en el Código Procesal Penal de 004, no está vedado al Juez en busca de la verdad, pues conforme se sostiene al fundamento jurídico 9 del acuerdo plenario N° 5-2012-CJ-116 de fecha 9 de enero del 013: “El órgano judicial de proveer justicia y obtener la verdad basándose en un equilibrio entre garantía y eficacia”.

La errada apreciación de la práctica judicial conlleva a una excesiva duración e inadecuada conducción de la audiencia, el desvío de las alegaciones y la pérdida de una valiosa oportunidad para solicitar a las partes aclaraciones que resulten relevantes para la toma de decisión, todo lo cual atenta no solo contra la lógica del sistema de audiencia, sino también con el deber de los jueces de emitir resoluciones debidamente motivadas.

Concluye la Sala Suprema precisando, que “Es deber del Juez conocer cabalmente las pretensiones de las partes, las razones que esgrime y el sustento probatorio correspondiente, no sólo porque tiene la responsabilidad de dirigir adecuadamente las audiencias sino también porque esta es el escenario natural que va permitir al Juez escuchar los argumentos más

importantes, que con la dinámica del contradictoria en la obtención de información completa y necesaria que le permite adoptar una decisión de calidad”.

2.1.19. El garantismo y las pruebas de oficio

Definitivamente la censura a la intervención del Juez planteada por los garantistas tiene relación con la finalidad del proceso. Recordemos que para aquellos que adoptan el sistema puramente “adversarial”, de corte “dispositivo”, el proceso tendría como única finalidad, el lograr el convencimiento del Juez sobre la teoría que cada una de las partes presenta.

Según esta concepción de rasgos “privatista”, el delito es visto como un conflicto de intereses. El Juez consecuentemente actúa como un simple arbitro que vigila las reglas, y proclama ganador al que mejor expone y prueba su “teoría del caso”, independientemente si ello se corresponda o no con la verdad, la justicia no sería el objetivo del derecho penal si no el de resolver conflictos.

Esta postura lo asemeja la figura del juez a la de un árbitro que solo debe cuidar que los contrincantes no el trasgredan las reglas de juego. (Peña, 2009)

Por su parte, quienes aceptan las “actuaciones de oficio” asumiendo la concepción “publicistas” el proceso tendría como finalidad la obtención de pruebas para determinar la forma y modo de la comisión del ilícito y poder aplicar la pena para el responsable (en caso de que así fuera), y con las pruebas se buscaría la verdad material.

Se dice, bajo esta tesis publicista que la razón para procurar la verdad de los hechos deviene de ese deber que tiene el Juez de emitir resoluciones justas y estas solo se pueden lograr se acerque a la verdad.

Entre las características de este modelo adversarial puro podemos señalar entonces lo siguiente:

- Toda la actividad procesal depende de las partes.
- Las partes deciden sobre la forma de llevar a cabo la prueba.
- El delito es visto como un conflicto de intereses.
- El Juez se limita a decidir la controversia y vigilar el cumplimiento de las reglas.

Entre los exponentes de tesis, podemos mencionar a Muñoz (2012), quien afirma que “El Juez es un tercero imparcial que no le corresponde asumir labores propias y exclusivas de las partes so pretexto de la búsqueda de la verdad, en consecuencia, el Juez no prueba, no aporta hechos y no los introduce al proceso” (p. 190).

Por su parte desde la posición que admite la intervención del Juez para introducir medios probatorios al proceso, podemos señalar lo siguiente:

- La labor del Juez en el proceso, no es la de un simple espectador.
- Es viable que el Juez durante el juicio ordene pruebas de oficio.
- La búsqueda de la verdad y el logro de la justicia son aspiraciones superiores al juego de las técnicas y estrategias de las partes.
- Una justicia sin verdad equivale a un sistema arbitral.

Entre los exponentes de esta posición tenemos a Asencio (2012), quien discrepando de la postura privatista refiere que “Regresar al abstencionismo judicial significa retroceder un siglo. Es limitarlo al renacimiento del liberalismo más radical, es obligar al Estado a la simple pasividad” (p. 176).

En nuestro medio, como referentes de las distintas posturas podemos mencionar a Nakasaki (2004) y Benavente (2014). El primero de ellos, defendiendo la tesis dispositiva, el segundo de los mencionados, optando por la tesis publicista.

Los detractores de esta norma procesal rechazan tajantemente la llamada prueba de oficio por entender que a través de esta norma procesal se permite que el juez supla la deficiencia de alguna de las partes sobre los medios probatorio, y si bien reconocen que su

actuación en algunos casos puede resultar beneficiosa en la investigación de los hechos, recalcan en cambio, que el proceso penal no tendría como fin la búsqueda de la verdad sino solo la resolución de conflictos

Se aduce desde esta concepción garantista de lo que debe prevalecer en un juicio es la hipótesis mejor planteada, vale decir, a la parte que ha logrado persuadir al juzgador, y en las situaciones en que algún hecho no haya quedado debidamente acreditado por la ausencia de algún medio probatorio, el juez simplemente debería resolver con lo que se tiene.

Alegan por ello, que cuando el Juez dispone la actuación de algún medio probatorio no ofrecido por ninguna de las partes está en realidad desconociendo el principio de “presunción de inocencia” toda vez que solo la requerirá cuando obstante alguna duda, y por eso trata de verificar o corroborar un hecho para salir de esa incertidumbre, cuando conforme al principio de “indubio pro reo” debería simplemente resolver por la absolución.

Sin embargo, la mencionada tesis al desconocer a la verdad material como fin del proceso penal también desestima por completo a la justicia y esto no parece que pueda ir de la mano con la legitimidad de las resoluciones judiciales, toda vez que, al margen de la resolución del caso concreto, ésta debe estar amparada en el sentido de justicia.

Como bien lo resume Benavente (2014), “Es prioritaria la búsqueda de la verdad si se concibe a ésta como una condición necesaria (aunque no suficiente) de la emisión de fallos justos” (p. 17).

El mencionado autor destaca que en la construcción de las normas que conforman el sistema jurídico, al ser concebidas como un enunciado de un supuesto hecho se conecta con una consecuencia jurídica, y en ese marco, corresponde al juez determinar si los supuestos de hechos han sido satisfechos en el caso concreto para imponer las consecuencias jurídicas, y en ese sentido menciona lo expresado por Taruffo (2014) de que “la norma no se

aplica si el hecho no se ha producido, es decir, si no se dispone de una de una determinación verdadera”.

2.1.20. La verdad en el proceso penal

Tenemos entonces que desde la tesis privatista la finalidad de la prueba es lograr la convicción del Juez sobre la veracidad de las afirmaciones que hacen las partes. El juez no tiene ante sí hechos porque éstos son imposibles (no son repetibles) sino solo afirmaciones de las partes.

La verdad real o histórica según dicha postura garantista sería inalcanzable y por tanto irrealizable, por tanto, mediante la prueba lo que se busca es la fijación de hecho expuesto por las partes sin pretender que estos rigurosamente sean verdaderos. La verdad material es solo una aspiración utópica y por tanto extrajudicial y por ende no puede ser procesalmente realizable. La actividad probatoria entonces no sería para demostrar la existencia de un hecho sino únicamente para persuadir el Juzgador.

La Certeza a la que debe arribar el Juzgador para emitir su sentencia no debería ser la creencia de haber encontrado la verdad sino la ausencia de toda duda respectos a la exactitud de las afirmaciones.

La verdad sería una metafísica, una metáfora, ya que es irrepitible y por lo tanto solo puede ser una, la que se acerca a ella sería una parte de esa verdad, y la verdad solo puede ser total, en todo caso lo que se obtendría sería una verdad deformada que conllevaría al error.

Desde la otra posición se considera que la verdad material debe ser la finalidad de las pruebas y esta verdad sería la identidad de los hechos con la idea que de él se tiene, de tal modo que, si la verdad no se puede percibir por el Juez de manera directa, ésta llega a su conocimiento a través de los sentidos de terceros como podrían ser los testigos.

La certeza es lo que el Juez cree que es lo real, por lo tanto, se descarta la llamada “verdad formal” o denominada también como verdad jurídica que se sustenta en lo que surge

del expediente, bajo el concepto de que “lo que no existe en el proceso no existe en el mundo”, y en su lugar, se aboga por una verdad real llamada también histórica que exige esa identidad del pensamiento con los hechos verdaderos.

Es obvio que esa la certeza es subjetiva, en cuanto proviene de un juicio de la persona como es el Juez y que por lo tanto existe la posibilidad del error, pero no por ello signifique que el convencimiento del juez no deba aproximarse lo más posible a esa verdad objetiva.

Para aplicar una consecuencia jurídica ante un hecho delictivo es indispensable establecer previamente la existencia de la conducta descrita, de tal modo que, si no procedemos con estas verificaciones, entonces no podríamos decir que estamos aplicando correctamente ley.

Nosotros como ya lo hemos adelantado nos adherimos a la posición que considera que la finalidad de la prueba es el conocimiento de la verdad material y consecuentemente esta concepción de la prueba faculta al juzgador disponer de oficio algunas actuaciones con dicha finalidad, discrepando consecuentemente de la concepción privatista en donde la verdad es desechada.

Un Juez que resuelve de espaldas a la verdad no puede decir que está actuando con justicia. La función de aplicar la justicia está ligada indisolublemente con la aproximación de la verdad, de tal modo que contrariamente cuando no se actúa pruebas de oficio pese a que las circunstancias así lo exigieran se está atentando contra esa verdad, y consiguientemente con la justicia.

Para Taruffo (2006), un proceso “justo” entendido como el respeto estricto de la regla no garantiza necesariamente una decisión justa, puesto que si bien puede ser legítima desde el punto de vista formal por que es el resultado de la correcta aplicación de las reglas de juego esta no puede serlo si se ha dictado sin considerar el respeto sustancial de justicia.

Dicho autor refiere que, si se sostiene que el Juez solo tiene un rol de un arbitrio pasivo en el debate de las partes, con la única función de sancionar las violaciones a las reglas entonces no se espera que se establezca la verdad. (Taruffo, 2006, p. 118)

Esta es la razón por el cual el sistema adversarial adoptado en nuestro ordenamiento penal al igual que en la mayoría de los países no es “puro” ya que permite las intervenciones oficiosas del Juez.

Otro de los argumentos que oponen los garantistas contra la verdad material es que dicha intervención “se quebraría la imparcialidad del magistrado “porque éste buscará acopiar pruebas contra el inculcado para obtener una sentencia condenatoria, lo cual lo convertiría en un Juez Inquisitivo.

Pero esta idea errónea, porque parte de la premisa falsa de que la prueba de oficio siempre abonará en desmedro del inculcado, lo cual no es así. Cuando se dispone la actuación de una prueba, éste puede resultar también en beneficio del inculcado, pudiendo incluso determinar su absolución.

Esto puede darse a modo de ejemplo cuando en un proceso contra la libertad sexual, se le imputa al procesado el haber sostenido relaciones sexuales consensuadas con una menor que aún no cumplía los 14 años y por ello se invalida su consentimiento, y en ese juicio se advirtiera que la edad de la agraviada no se encuentra debidamente acreditada con documento te , con documento idóneo, y ante esa duda, el juez solicita un determinado documento el cual posteriormente puede verificar que la supuesta agraviada a esa fecha ya superaba los 14 años. En este caso como se podrá ver la actuación oficiosa vino a favorecer al inculcado.

No resulta cierto entonces lo afirmado por los garantistas de que la actuación del juez lo convierte en un perseguidor contra el inculcado y que por ende afecta el principio de imparcialidad.

La prueba de oficio además ostenta justificación desde la misma constitución por cuanto está ineludiblemente ligado al principio de la tutela judicial efectiva, y ésta a su vez esta intrínsecamente ligada a justicia.

2.2.11. La justicia

La justicia es el principal criterio que se utiliza para fundamentar el derecho. No obstante, el concepto de justicia tiene varias acepciones, pero se parte por entender que es un valor universal.

Si bien se ha asociado a la justicia con los conceptos de armonía, y proporcionalidad de las cosas, en el campo del derecho generalmente se le equipara con el juicio de “igualdad”, que significa “dar a cada uno lo que le corresponde” A esta forma de justicia se le denomina también como equidad. Esto es que los hombres sean tratados como iguales

No obstante, Recasens (1959) indica que dicha definición no puede ser entendido en sentido absoluto, puesto que en las interrelaciones humanas como puede ser el “contrato” lo que se busca no es la realización de un servicio específico para recibir otro servicio idéntico, sino propiamente la recepción de una contraprestación distinta, pero de valor similar, es decir que entre ambas situaciones tiene que existir una justa equivalencia.

No se trata entonces de un reparto equitativo de beneficios y cargas, sino que éstos deben realizarse guardando los criterios de proporción y armonía, y en ciertos casos con ideas de compensación.

Mientras Platón definía a la justicia como “**la mayor virtud universal de la cual derivan las otras virtudes**”, Aristóteles lo entendía como “**el justo medio entre los extremos del exceso y el defecto**”, distinguiendo además la justicia “distributiva” de la justicia “conmutativa”, la primera referida al reconocimiento de lo que le corresponde a cada uno conforme al principio de igualdad, y la segunda concerniente a armonía que debe darse

en la convivencia social. También se le conoce a la primera como “justicia individual” y a la segunda como “justicia social”.

Así mismo, se distingue una forma de justicia denominada “Correctiva” o “judicial” que está referida a las violaciones de las normas y sobre la cual se exige una correspondencia entre el daño y la compensación. En materia penal, esta proporcionalidad debe representarse en la proporcionalidad que debe existir entre el delito cometido y la sanción que se impone. A esta forma de justicia se le denomina también “justicia formal” porque para que las leyes.

Dentro de la justicia correctiva se incluye también a la denominada “Justicia conmutativa” que está referida a la relación de orden y armonía que debe existir en la comunidad. La justicia conmutativa, entonces no está en su carácter de distribuir, sino en retribuir, es decir en compensar, o cambiar una cosa por otra, de allí su denominación de conmutar que significa cambiar un bien o una acción por otra. Como bien lo define e Ramunni (2011), la justicia conmutativa significa un intercambio realizado de forma equivalente.

Como se verá la justicia formal o correctiva, contienen lleva implícitamente a las llamadas justicia distributiva y conmutativa, porque debe observar el trato igualitario de las partes como también disponer la retribución por la acción realizada

Por otro lado, hay quienes definen también a la justicia con una situación vinculada a ideales de reciprocidad y cooperación entre sus miembros. A esta situación se le conoce también como la “concepción política de justicia”, porque se parte de la idea de que la sociedad es concebida como un sistema equitativo de cooperación basados en la libertad e igualdad de las personas que la conforman

Por último, se diferencia a la justicia según sea vista como ideal, virtud o concepto lógico. La primera correspondería a la aspiración humana hacia el reconocimiento de la

persona, la segunda a la voluntad permanente de reconocer a cada uno lo suyo, y la tercera a la relación fundada en la igualdad.

Para algunos pueden darse fricciones entre la justicia individual y la justicia social (conmutativa), en cuyo caso algunas de ellas deberían ceder en beneficio de la otra, en cambio otros como Renard (1949) rechaza la existencia de contradicciones entre ambas formas de justicia, afirmando que en la sociedad existe un orden moral y jurídico. El referido autor afirma que se da una unidad de los derechos de la personalidad con las exigencias de la vida social, esto es, que la libertad individual no puede ser visto como es un fermento de la anarquía, y a su vez, la sociedad no puede ser considerada tampoco como una opresión de la libertad individual.

Nos parece razonable dicha concepción por cuanto en términos de justicia debe darse esta armonía. No se podría concebir una justicia social conviviendo con injusticias individuales.

Cabe precisar que el pensamiento abolicionista del derecho penal es minoritario, toda vez que la mayoría doctrinaria si bien plantean su restricción, no son partidarios de su total desaparición. Esto es así porque resulta difícil asumir que una sociedad pueda existir sin un instrumento coercitivo. Muchas de las medidas de carácter alternativo que pudieran recurrirse en lugar de la privación de la libertad, resultarían impracticables porque carecerían de coacción efectiva.

En los últimos años hemos visto que en nuestro medio se ha venido recurriendo a un nuevo concepto de justicia para fundamentar las instituciones de conformidad, (como sucede con el “principio de oportunidad” en donde la concertación de las partes impide el inicio de la investigación y consiguientemente la sanción penal).

Según los garantistas que destacan y promocionan esta institución, el acuerdo privado, resuelve el conflicto y restituye la armonía entre las partes, lo que vendría a constituir una

forma de “ justicia social” , y con esta justificación intentan extender su aplicación a más delitos.

Este planteamiento que en cierta forma hace alusión a la “justicia conmutativa”, no resulta correcto, porque asemeja indebidamente las controversias de los particulares, cuya dilucidación solo inmiscuyen a las mismas partes, con la comisión de actos criminales, en donde además de comprender a las partes, mantienen un interés público por la trascendencia que contienen.

No estamos entonces ante una justicia social, porque no satisface ese interés legítimo que tiene la sociedad de conocer los hechos como también la forma en que su sistema de justicia responde frente a los ataques de sus bienes jurídicos.

Precisamos no obstante que en casos especiales donde existe una mínima afectación al bien jurídico, como los denominados delitos de “bagatela”, es posible adoptar dicho mecanismo precisamente por el poco impacto que genera en la colectividad. Vale decir que su aplicación debe ser de carácter excepcional.

Aristóteles definía la Justicia como la virtud suprema del hombre, consistente en dar a cada uno lo que corresponde, como también el vivir en paz con los demás. A la primera la denominó distributiva (equidad) y a la segunda conmutativa (social) .

Definitivamente la idea de Justicia se encuentra vinculada con la naturaleza de la sanción penal y sobre ello se han expuesto diversas teorías que no es del caso desarrollar en este trabajo, no obstante, debemos indicar que la postura que prevalece en nuestro días es la de la concepción relativa de la pena, llamada así porque en lugar de imponerse únicamente como castigo, se procura evitar futuros delitos mejorando para ello la conducta del delincuente.

Tras el rechazo de la tesis retribucionista, que reclama siempre la imposición del castigo, hoy se busca otras opciones de reprimir el delito. Es así que, a las medidas de

tratamiento, se suma las medidas alternativas como la prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, multas, entre otros, y últimamente se está adoptando por el “resarcimiento” llamada también la tercera vía del derecho penal.

Los propulsores de ésta propuesta parten de considerar que la justicia que se demanda en los jueces, es la de obtener la paz y la armonía social, y bajo estos conceptos, su función primordial debería ser la “resolver conflictos de la mejor manera”, lo cual no se podría obtener con la imposición de una pena privativa de libertad, porque en con ella solo se agudiza el problema, ya que en lugar de un solo afectado por la lesión producida (agraviado), se produce dos perjudicados (el delincuente que sufre la sanción penal).

La sanción penal, es vista entonces como una medida contraria a los fines de justicia, puesto que con ella la víctima no obtiene la compensación buscada por los daños sufridos, y por otro lado, el trasgresor es expuesto a una mayor peligro de contaminación delictiva que representa la cárcel.

Se anuncia así, como lo hemos venido indicando, toda una reformulación de los fines de la justicia penal, la cual debe abandonar sus fines preventivos (evitar delitos futuros a través del tratamiento del delincuente) y en lugar de ello, buscar la conciliación entre agresor y la víctima.

Actualmente a esta concepción se le denomina también dentro de la perspectiva de la función de la pena como “víctima dogmática”, porque se prevalece los intereses de la víctima por encima de los efectos preventivos de la pena, aunque habría que indicar que algunos autores como Silva (2010) considera que éste modelo compensatorio también tiene efectos de prevención.

Entre las ventajas que ofrecería este nuevo modelo estaría; la resolución rápida de los procesos, menor costo para el Estado, se vitaría la congestión de los juzgados, el

hacinamiento de las cárceles, la estigmatización que produce la reclusión, y la víctima obtendría prontamente el resarcimiento.

Se dice, que, con esta nueva visión, muchos de los casos no llegarían siquiera a ser sometidos al proceso penal, porque los modernos mecanismos compositivos como son los “acuerdos reparatorios y el “principio de oportunidad” los absorberían y se solucionarían en las etapas preliminares. El proceso penal quedaría reservado únicamente para los delitos de mayor gravedad.

Estas concepciones provienen de la tesis “contractualistas” surgidas del siglo XVIII como producto de los grandes cambios que se experimentaron en ese entonces sobre todo en el sector industrial y comercial donde el estado gozaba un poder ilimitado, pero que fue restringido bajo la idea de un contrato social. En esta nueva concepción las partes dirimían sus conflictos de manera privada.

Corcoy (2010) comentado este contexto señalaba que algunos juristas pensadores de ese tiempo como “Becaría” afirmaría que la gravedad de las penas no servía a la prevención y en aras de una realización de la justicia se estaría volviendo a la retribución.

La mencionada autora española asume a su vez una posición más radical sobre la función del derecho penal al indicar que “el Derecho penal tendría una finalidad preventiva limitada mas no una función de realización de justicia”.

A su turno Zaffaroni (2005), uno de los referentes garantistas, afirma que el derecho penal a diferencia del derecho civil no resuelve ningún conflicto ya que a diferencia campo civil donde existen dos partes en una relación horizontal, en el proceso penal, el Estado toma ese derecho de la víctima y considera que el lesionado es él y la víctima.

A ello, se ha dicho que el derecho penal se presenta como instrumento de justicia pero que solo pretende la dominación, resaltándose el apotegma mencionado por Parma (2015) de

que “la pena jamás ha resucitado a nadie. “no ha vuelto a caminar a ningún paralítico” . Ni ha restablecido un himen”.

Estas concepciones sobre el derecho en su relación con la justicia han servido de fundamento para introducir conceptos privatistas al proceso penal y prevalecer los principios dispositivos dejando de lado el valor justicia.

Bustamante (2014), en un interesante trabajo sobre la justicia como elemento rector del proceso nos dice que “si la justicia es uno de los valores superiores que fundamenta el ordenamiento jurídico, no debería extrañar que su eficacia alcance a todo tipo de proceso procedimiento” (p. 260).

Tal reflexión nos lleva a entender que formas abreviado que sea el procedimiento que adoptemos, la justicia no puede quedar al margen, y por consiguiente debemos esforzarnos en conjugar ambos intereses (justicia y eficacia) en lugar de separarlos.

Sobre dicha necesidad, Mayer (2007), nos dice que la Justicia y la eficacia se comportan como dos líneas divergentes porque cuanto más se persigue una, tanto más se produce el alejamiento de la otra. Por eso se debe buscar el equilibrio entre ambas. Las penas altas y desproporcionadas si bien pueden producir mayor eficacia en cambio alejan el sentimiento de justicia.

2.1.21. El garantismo y el populismo jurídico

En los últimos tiempos vemos como la delincuencia se ha incrementado al punto de generar todo un sentimiento de inseguridad para los ciudadanos. El gobierno ha enfrentado este problema con la dación de diversa norma tanto de carácter sustancial con o procesal generando la protesta de algunos que consideran que dichas medidas distorsión la función del derecho penal.

La seguridad ciudadana es definida por Loza (2014), como “El estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza” (p. 304).

Estas medidas asumidas por el gobierno con la finalidad de solucionar los problemas seguridad es denominada también por algunos criminólogos como “populismo jurídico” en razón a que solo estarían orientadas a obtener la simpatía y aprobación de la población, es decir, con fines meramente políticos, ya que en la realidad dichas medidas no resolverán el problema de inseguridad.

Desde una posición garantista se critica estas dediciones porque constituirían una expansión del derecho penal contraviniendo los principios de mínima intervención y se alega igualmente que se estaría incidiendo negativamente sobre la libertad de los ciudadanos, exponiéndolos a un Estado autoritario. Por último, se afirma que estaríamos frente a una situación de descriminalización ya, que se privilegia la intervención penal en desmedro de las garantías del individuo.

Como hemos venido indicando el movimiento “minimalista”, llamado así porque reclaman el retiro del derecho penal, y en su lugar cuestionan toda nueva tipificación Para esta concepción denominada también como “Ultraliberalistas” porque maximizan las garantías del individuo, no puede coexistir el derecho a la libertad con el interés de la comunidad de obtener la seguridad, Para su concepción la sanción penal solo debe atender los fines de prevención especial. Mas no así debería concebir una prevención general.

Para abordar este problema debemos situarnos entonces entre ambos principios como son la “garantías y la prevención”. Dicho de otro modo, si la intervención del derecho penal a través de la sanción sobre determinadas conductas puede satisfacer la demanda de ambos intereses.

Las medidas que toma el gobierno con miras de restablecer la seguridad en la comunidad están revestidas de una finalidad de prevención y efectivamente va a significar una restricción sobre la libertad de ciudadanos, esto es innegable, pero acaso ¿no es indispensable contar con un ambiente alejado de riesgos para poder ejercer todos los derechos que el Estado democrático de derecho reconoce a los individuos? ¿puede realmente cumplirse el derecho a la propiedad cuando constantemente somos privado de ella ?, o un derecho al libre tránsito cuando realmente nos abstenemos de concurrir a determinados lugares por temor a ser atacados?, ¿puede decirse que gozamos de un derecho a la libertad si en cualquier momento podemos ser víctima de extorción? .

Los minimalistas califican de expansionismo irracional del derecho penal el hecho de penalizarse nuevas conductas, señalando que estamos entrando a una ideología de “defensa social peligrosa” e incluso se ha llegado a indicar que “el derecho penal no protege sentimientos de seguridad “ y que estamos recurriendo a un derecho penal simbólico porque se pretende otorgar seguridad sometiendo cada vez más al individuo, cuando la respuesta a esta amenaza debería venir de otro campo.

A decir de algunos destacados autores como Castillo (2002), el Estado totalitario aprovecha cualquier perturbación del orden público para criminalizar cualquier conducta cuando en un Estado democrático de derecho solo debería intervenir en lo necesario, y por ello afirma que, “A mayor intervención del Estado menor legitimidad.” (p. 203).

Scheerer (2002), es una de los que se les puede denominar “abolicionista” , y en su artículo publicado en el Perú en el año 002 sobre la Pena criminal , refirió que “ el derecho penal en esencia no es un medio de auto protección de la sociedad sino un instrumento para la dominación sobre la comunidad”. Dicho autor critica la existencia del derecho penal señalando que no es el derecho penal que enseña el respeto a la vida y el cuerpo de los ciudadanos sino en el mejor de los casos la renuncia al ataque por miedo a la autoridad”.

El mencionado jurista alemán manifiesta su aspiración en “una sociedad con ciudadanos autoconscientes, que confían más en sus propias expectativas, normas y responsabilidades que en la delegación en el Estado.” (Scheerer, 2002, p. 343)

Nosotros no compartimos la posición del mencionado autor porque asume una concepción idealista que difícilmente concuerda con la realidad. Todos aspiramos una sociedad con ciudadanos que se comporten adecuadamente respetando los bienes jurídicos por su propia convicción y no por temor al castigo. Pero la realidad nos hace ver que esto no sucede así, que vivimos una era de la que lo algunos llaman la sociedad del individualismo donde cada uno intenta auto realizarse sin considerar a los demás y en esa coyuntura no resulta razonable prescindir de este instrumento punitivo.

Silva (2006) expresa la situación paradójica que presenta la modernidad, donde pese al incremento de las relaciones sociales, contrariamente a lo esperado, predomina el individualismo y el narcicismo.

Para referirnos a nuestro medio diremos que hace mucho no se conocía el robo de la modalidad de “marca” y la policía tenía problemas para enfrentar este delito que consistía en que los delincuentes ingresaban a los bancos haciéndose pasar como clientes, pero con el objetivo de detectar a las personas que retiraban fuertes sumas de dinero y luego perseguir a la víctima con vehículos hasta cierto lugar y proceder a asaltarlos.

La policía en su afán de mostrar su eficiencia muchas veces sorprendió a sujetos que se encontraba en espera dentro de un vehículo en los exteriores de los bancos, e incluso con indicios de haber estado haciendo un seguimiento a víctimas potenciales, sin embargo, estas personas intervenidas eran puestas en libertad en forma inmediata, dado que en la mayoría de las ocasiones todos los actos realizados hasta ese momento eran considerados como “preparatorios.”

Como se sabe, los delitos contra el patrimonio demandan una lesión sobre el el bien jurídico, y si bien admiten la tentativa, estos adquieren relevancia cuando propiamente se inicia la acción delictiva. En estos casos el hecho de permanecer afuera esperando, sin tener todavía identificada a la presunta víctima, en modo alguno podría ser entendida como tentativa, a lo sumo, se les podía imputar el delito de tenencia ilegal de armas si fuera el caso, mas no así el posible robo que deseaban cometer.

Pese a lo evidente, la policía no podía intervenir anticipadamente y muchas veces cuando se concretaba el asalto, estos fugaban raudamente y ya no se les podía capturar.

Fue recién en el año 012, que con la ley 9859, se creó el delito de “Marcaje” por el cual se permitía intervenir a todo aquel que se le encontrase siguiendo o vigilando u facilitando alguna información contra una persona con el fin de cometer determinados delitos.

Nadie podrá negar que esta ley permitió desbaratar muchas bandas dedicadas a esta modalidad y disminuir significativamente la comisión de éstos delito, sin embargo, dicha ley fue objeto de ciertas críticas provenientes de eses garantismo exacerbado que adoptan algunos.

Se cuestionó la punición de estas conductas con el argumento de que se estaba sancionando propiamente actos preparatorios y que ello significaba una expansión del derecho penal en lugar de reducir su intervención. así como el hecho de introducir delitos de peligros que en cierta medida implican un adelanto de las barreras punitivas.

Lo mismo sucedió con el delito de conspiración al asesinato creado recientemente con el decreto legislativo 1181 en el mes de Julio del año 015, en el cual se incorporó el artículo 108- D comprendiendo la conspiración para cometer el delito de sicariato.

Anteriormente a la emisión de dicha ley, era frecuente encontrar personas ofreciéndose matar por alguna suma de dinero, y a pesar de la ola de crímenes bajo esta

modalidad esta forma de ofrecimiento a la vista de todos se mantenía impune. Ahora con la promulgación de dicha ley cualquier solicitud u ofrecimiento resulta punible aún no se haya llegado a concretar el delito.

No se puede negar la finalidad preventiva general que persiguen estas nuevas puniciones, y no se puede negar que en efecto significa un adelantamiento de las barreras de protección que hace el derecho penal sobre ciertos bienes jurídicos, pero esto es completamente legítimo frente a la peligrosidad que representan ciertas conductas, como el tráfico ilícito de drogas, la conducción de vehículos en estado de ebriedad, la tenencia ilegítima de armas entre otros, en donde claramente se puede percibir el riesgo que ellos representan.

La prevención entonces no tiene que ser contraria al garantismo porque bien pueden conciliar, pese a que la prevención se basa en la utilidad de las penas en tanto que la libertad del individuo se sustenta en valores.

Como bien lo destaca el alguno jurista es posible que ambos intereses logren el equilibrio razonable, en tanto las penas respondan al grado de culpabilidad y se apliquen respetando el principio de proporcionalidad, esto es que la prevención no puede extender las penas más allá de que razonablemente corresponda para 'porque de no ser así entonces no serían aceptada por la población. Y por lo tanto no estaría legitimada.

Es innegable que la sanción penal es el instrumento por excelencia con que cuenta el derecho penal cuya labor es la de proteger de bienes jurídicos como el de mantener la estabilidad social, y una situación de tranquilidad social permite a su vez el disfrute de los derechos del individuo Como bien lo apunta el Vizcardo (2015) "La inseguridad afecta la esencia misma de la dignidad humana y la vida en sociedad, de tal manera que es posible afirmar que sin seguridad no hay ejercicio posible e igualitario de los derechos de las personas" (p. 92)

Es así entonces que en tanto las sanciones penales respeten los límites de la culpabilidad como de proporcionalidad y no se extralimiten los fines de prevención general éstos dos intereses pueden ser sintetizadas en lugar de estar o permanecer enfrentadas.

2.1.22. El minimalismo y el abolicionismo

Es así entonces, que mientras los garantistas se muestran partidario de reducir la intervención del derecho penal (**minimalistas**) recurriendo a lo que llaman justicia restaurativa, limitando la intervención del derecho penal solo a los delitos graves otros en cambio, asumiendo un oposición más extrema, conocidos como garantistas radicales rechazan la intervención del derecho penal (**abolicionistas**) desconociéndole su función de aplicar la justicia como también de resolver conflictos.

Sin embargo, habría que recordar que este liberalismo surgido del siglo XVIII, en donde se implantó un constitucionalismo democrático fue posteriormente superado por el concepto de un estado social democrático de derecho, en donde el Estado deja su pasividad y adquiere rol más activo y relevante en el desarrollo del país como también en la solución de los conflictos.

Si bien la nueva clase industrial del siglo XVIII terminó con exceso del poder de ese entonces que disfrutaba una clase privilegiada (autoritarismo), y se conquistaron derechos los fundamentales de individuo, también es cierto que desde hace algunas décadas se viene presentando el problema de la seguridad (la seguridad frente al delito), el mismo que ha colocado al derecho penal en una verdadera crisis y ello obliga a considerar nuevas concepciones con la finalidad de dar solución a este problema que día a día se viene agudizando.

Como se ha venido resaltando, el derecho penal es relacionado hoy en día por la mayoría de los autores modernos con los términos de “castigo”, “cárcel”, “retribución”,

inquisitivo”, “represión”. Todo un gran poder persecuidor y punitivo del cual es necesario restringirlo cada vez más para que el individuo no se vea avasallado (según Zaffaroni, un poder usurpado y confiscado a la víctima).

El derecho penal es mostrado de esta forma es visto como una verdadera amenaza para el individuo, con el agregado según los abolicionistas de que no resulta eficaz.

La deficiencia que acusa la administración de justicia por mucho tiempo a ha dado lugar a que se cuestione no solo el modelo procesal sino también al derecho penal mismo como el medio idóneo para sancionar conductas delictivas. El aumento constante de la criminalidad con sus consiguientes secuelas de inseguridad, hacinamiento de las cárceles, sobrecarga de expedientes y descontento de la población sobre el sistema de justicia, ha venido generando una serie de reflexiones sobre la conveniencia de seguir recurriendo al derecho penal, y a la pena privativa de libertad como su principal instrumento para combatir la delincuencia.

Algunos especialistas como Bottke (2009) llegan a definir la situación como una “crisis de la pena privativa de libertad” por la probada incapacidad para encontrar con ella la reinserción social del delincuente.

Esta nueva corriente que reclama el resarcimiento del daño en lugar de la aplicación de un castigo para el agresor, propugna un “Derecho penal sin pena” bajo el argumento de que la pena privativa de libertad no hace más que adicional un mal sobre otro mal, es decir al padecimiento de la víctima por la lesión sufrida se agrega el sufrimiento que se le impone al responsable del delito con la pena privativa de libertad, y se fundamenta tanto en también en el criterios de “necesidad de pena”. Dirk (2009) es uno de los exponentes de esta corriente, que considera a la pena como superflua, dañina y que en principio no tiene una buena razón de ser.

Esta concepción se inserta dentro de un contexto de los derechos fundamentales todavía en pleno auge y desarrollo y en donde se disiente de las restricciones que puede imponer un derecho penal severo. Así lo destaca también el jurista español Silva (2010), cuando asevera que el Derecho penal es sinónimo de cárcel y patíbulo y por eso cuando se habla de un derecho penal eficiente existe el temor de que este derecho penal resulte menos humano.

Se percibe claramente a través de estas críticas, que no solo se propone la reducción del derecho penal, sino que se cuestiona propiamente la conveniencia de seguir recurriendo a este instrumento del Estado. En otras palabras “desaparecer al derecho penal”.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista y siguiendo la postura de García (2008) consideramos poco posible que ello ocurra porque básicamente dichas alternativas solo pueden operar para los delitos de poca gravedad, y siendo así su incidencia no es muy significativa al punto de prescindir de la sanción penal de éste gravoso el instrumento como es la pena privativa de libertad. Como bien lo resume el mencionado autor español: “Aunque muchos optimistas y radicales extiendan ya el certificado de defunción del Derecho penal y afirmen que tiene sus días contados, todo parece indicar que la desaparición del Derecho penal no es cosa de tiempo” (García, 2008, p. 175).

En razón a ello, se dice que el derecho penal debe intervenir lo menos posible en la libertad del individuo, se demanda por el contrario la despenalización de algunas conductas, y que la pena de internamiento debería estar reservada únicamente para los delitos graves.

Se postula de esta forma un nuevo derecho penal de menor intervención (minimalistas) con sanciones mucho más leves, con mecanismo de solución más simples, y con mayor disposición de las partes, (justicia restaurativa) dado que el poder punitivo lejos de resolver conflictos por el contrario constituye una traba por la poca capacidad demostrada en dar soluciones a la gran demanda de los ciudadanos.

En mi opinión dicho planteamiento no pasa de ser simplemente una aspiración pero que se encuentra alejada totalmente de la realidad. Como ya lo hemos venido señalando la sola compensación en modo alguno puede desalentar a la comisión de nuevos delitos, pero, sobre todo, porque los delitos considerados graves y que podrían justificar la pena de internamiento no la minoría sino por el contrario constituye la gran mayoría de los delitos.

Se dice que la sanción penal no resuelve el problema de la delincuencia si no que más bien lo agrava, que la cárcel lejos de resocializar por el contrario disocializa, estigmatiza y oprime al delincuente, pero, si bien tiene algo de cierto estas afirmaciones, no por ello podemos dejar de sancionar los delitos sobre todo si son graves. Queramos o no reconocerlo la pena siempre contiene un mal y, por ende, siempre tiene un grado de retribución porque produce sufrimiento en el condenado.

Sobre este punto habría que precisar que el carácter de la pena expuestas en las clásicas teorías retribucionistas, utilitarista y mixtas, no son un tema acabado, porque pese a los años transcurridos, cambios que ha experimentado el derecho penal en diferentes épocas, estas teorías aún se encuentran en continuas revisiones. Nadie puede negar que la teoría de la prevención especial sustentada en el tratamiento penitenciario para readaptar al condenado no pasó de ser una mera aspiración idealista, porque desde sus inicios de su implementación surgieron los problemas de orden financiero, y en la actualidad nadie niega su total fracaso. Por otro lado, la teoría de la prevención general resistida por muchos está siendo hoy reconocida como un componente implícito de la sanción. El mismo Tribunal Constitucional así lo ha establecido expresamente.

Es más, últimamente algunos autores, como cita Abanto (2014) han retomado la tesis de Kant pero planteadas bajo una óptica diferente, a esta nueva concepción se le denomina “neoretribucionista. Manuel Abanto Vásquez en su tratado sobre dogmática penal, hace una referencia de esta reciente postura mencionando entre sus representantes a los juristas

alemanes Amadeus Wolff , Kuh, Khalo, entre otros doctores, consideran que el término de “forma parte del lenguaje cotidiano de los ciudadanos, y en todos los casos se suele vincular la pena con la justicia.”

Se dice, a su vez, bajo esta nueva concepción, que “la imposición de un mal es inmanente al concepto de pena” porque es compensador de la culpabilidad y está revestido de una desaprobación ético social (desaprobación de la conducta) y siendo así está impregnada de de prevención ya que está dirigida a la víctima como a la generalidad, restaura las relaciones y evita la justicia privada como también la auto preservación del Estado.

Bajo éstos criterios, se señala que la tesis retribucionista que predicaba Kant, no era del todo absolutista, porque si bien demandaba el castigo como una compensación por lo que el autor ha hecho| es decir, solamente por hacer justicia, hoy en día se dice que a través de la sanción se establecía la paz y la armonía social y a su vez la preservación del Estado, de tal modo que si contendría una finalidad.

Vemos entonces, que algunas corrientes doctrinales que inicialmente gozaban de buena aceptación, hoy en día al ser contrastada con realidad muestran sus defectos, Esto nos obliga a reevaluar nuestras concepciones, pero sobre todo desde una vertiente más realista y sincera sobre la justicia penal.

Muños Conde, citado por Prado (2015), en un tratado sobre política criminal indicaba que

(...) la solución al problema de la criminalidad no se va a encontrar nunca , pero que en los momentos presentes , en una sociedad avanzada, posindustrial y posmoderna , debe buscarse un punto de equilibrio provisionalmente satisfactorio entre en el eterno conflicto entre prevención general y prevención especial , entre sociedad e individuo , entre los legítimos deseos de funcionalidad y eficacia de los

instrumentos jurídicos sancionatorios y la salvaguardia de la libertad y la dignidad de las personas (p. 19).

Todos quisiéramos que los demás actuaran de manera correcta movidos por su propia conciencia, pero esto, como sabemos no es así, y precisamente por esa razón es que existe el derecho.

Recasens (2015), explicaba esta necesidad del derecho, afirmando que lo bello sería que los hombres abrazaran los valores por el impulso de vivir siempre en paz y armonía, pero como no se puede garantizar que esto suceda, es que los mismos hombres inventan mecanismo para resguardarse de la inseguridad que subsiste en sus relaciones sociales.

El hombre no solo teme a la naturaleza sino también a los otros hombres, y por eso busca certeza sobre las relaciones con los demás y seguridad de que las reglas se cumplan “El mejor Estado sería el lugar donde los hombres viven armónicamente y cuyas leyes son respetadas”

Es así entonces, que los mismos hombres crean al derecho, no como un fin sino como un medio de lograr la seguridad que ellos buscan, y por eso es que a dicho instrumento lo dotan de coerción para darle la fuerza suficiente para su realización. El derecho penal entonces se constituye como un medio por el cual se busca obtener la paz y la armonía.

Recasens (2015) destaca la fuerza normativa del derecho sin el cual no tendría sentido su existencia señalando que el “El derecho es por esencia norma de imperio inexorable e irresistible” puesto que de no ser así y de tratarse únicamente una norma que estableciera sin más un puro deber, no sería entonces una norma jurídica. Si no tuviese su dimensión coercitiva no tendría la posibilidad de forzar y por ende se caería en el absurdo.

En esta línea de pensamiento, carece de todo sentido cuestionar la existencia de esta creación humana y su carácter conminativo para conseguir la seguridad cuando la realidad muestra objetivamente que no siempre las personas actúan conforme a lo esperado.

Ahora bien, como se sabe el derecho no solo debe estar orientado a conseguir esa seguridad en las interrelaciones de los hombre, sino también debe estar encarnada de valores de justicia para gozar de aprobación, y esos valores deben provenir de una determinada sociedad, y esta sociedad es a su vez cambiante, por lo que el derecho debe también adaptarse a estos cambios, ya que no es invariable sino por el contrario es dinámico , y siendo así no se puede mantener un derecho penal de espaldas a las nuevas situaciones que se presentan en la actualidad.

2.1.23. Las garantías y la expansión del derecho penal

Como hemos venido señalando, una de las manifestaciones del garantismo es el reclamo por una menor intervención del derecho penal. Según esta posición “Minimalista “, lo que erróneamente se trata de comunicar con la intervención del derecho penal, es que “todos los problemas se resuelven con las leyes penales”. Consideran que no se respeta el principio de “última ratio” ya que puede haber otras vías menos gravosas por el cual se puede acudir en lugar de generar una intromisión en la libertad de los individuos. Por último, resaltan que en la mayoría de las veces su intervención ha sido completamente inútil.

Contrariamente a esta posición se encuentran aquellos que defienden la expansión del derecho penal como una necesidad lógica frente a nuevas situaciones que trae la modernidad y el proceso de “globalización” Frente a ello el derecho penal debe adecuarse, toda vez que aparecen nuevas modalidades de amenaza a los bienes jurídicos.

Desde la concepción garantista (minimalistas) existe la convicción de que el derecho penal se verá restringido en el futuro para mantener el ideal de la libertad, incluso algunos más radicales llegan a pronosticar la desaparición del derecho penal (asegurar las libertades sin restringir ninguna). Insistiendo que lo que se procura lograr es la imposición de un estado autoritario donde se prevalezca la conocida frase americana La ley y el orden.”

Otros en cambio, como podríamos denominarlos “expansionistas”, aseguran que la tendencia es a la expansión cada vez más del derecho penal, habida cuenta que con el avance de la tecnología aparecen también nuevos bienes jurídicos supraindividuales que merecen protección.

Como hemos venido señalando los minimalistas obedecen a la escuela “ultraliberal” que demanda la existencia de un derecho penal básico, esto es dedicado a la protección de los bienes jurídicos más elementales del individuo como son la vida, la integridad física, el patrimonio etc. discrepando consecuentemente de la tipificación de los supraindividuales o colectivos.

Sin embargo, como lo destaca Silva (2006) “No es nada difícil constatar la existencia de una tendencia dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como la agravación de los ya existentes.” (p. 89)

Es la propia realidad entonces que contradice la tesis de los minimalistas, y es también un hecho palpable de que con el trascurso del tiempo vienen apareciendo nuevos bienes jurídicos como los medios informáticos que trae a su vez la ciberdelincuencia, la genética, la energía nuclear, la contaminación, blanqueo de dinero, y los nuevos fenómenos de corrupción, de orden socio económico, de recursos naturales, y nuevas formas de delincuencia como sucede con la criminalidad organizada (macro criminalización), entre otros, son claras manifestaciones de una nueva sociedad de riesgos con su creciente demanda por sancionar conductas que resulten peligrosas.

No hay que dejar de lado que los grandes acuerdos de mercado, que trae la globalización generan también algunas delincuencias transnacionales que obliga a a la integración de la normatividad penal a través de tratados y acuerdos internacionales.

No le falta razón entonces al mencionado profesor español cuando refiere que “No parece que la sociedad actual esté dispuesta a admitir un derecho penal orientado al paradigma del derecho penal mínimo.”

En base a estos hechos irrefutables que muestra la realidad, Silva (2006) es categórico al afirmar lo siguiente: “Mi pronóstico es efecto, que el derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional será un derecho desde luego creciente unificado, pero también menos garantista.” (p. 78).

Ahora bien, el hecho de reconocer la expansión inevitable del derecho penal, no quiere decir que se neutralice las garantías y que proponga un derecho penal incondicionado e ilimitado y con sanciones extremadamente irracionales. Por el contrario, como hemos venido señalando debe procurarse cierta equiparidad entre ambas posturas, esto es que la expansión del derecho penal siempre debe mantener el respeto de ciertos principios que garantizan su aceptación y legitimidad.

Es importante destacar no obstante sobre lo que venidos afirmando desde un inicio, de que el derecho penal no puede mantener un buen funcionamiento cuando las garantías se hacen rígidas. Dicho de otro modo, se hace imprescindible flexibilizarlas. Y esta situación ya se viene asomando en el derecho penal moderno.

En efecto, como bien lo menciona el Silva (2006), con el nuevo derecho penal no solo se crean nuevos bienes jurídicos y se incrementan las penas, sino también “se flexibilizan las reglas de imputación” y “se relativizan los principios políticos criminales de garantía.”

En la actualidad entonces a decir de Silva (2006), “Estamos concibiendo una reinterpretación de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del derecho procesal Penal.” (p. 78)

Vemos que el referido autor deja clara su posición de que si bien la tendencia del derecho es hacia la expansión y no a la reducción como demandan algunos mantiene su posición de que las garantías deben siempre ser preservadas, lo cual estamos completamente de acuerdo, no obstante no debemos pasar por lo referido a la flexibilización de ellas, puesto que como hemos venido señalando la viabilidad y eficiencia del derecho no puede darse sin la flexibilización de las garantías. Reiteramos por ello nuestra posición de que por el contrario una observancia rigurosa de ellas por el contrario genera una parálisis del sistema penal.

Nadie puede negar que en la actualidad las nuevas formas de criminalidad como corrupción, lavado de activos, la carga de la prueba se ha relativizado, al punto que el investigado debe justificar la legalidad de bienes, lo que hace tiempo atrás esta exigencia hacia el investigado era considerada como toda una violación al principio de presunción de inocencia. Empero, tal situación responde a las nuevas concepciones para enfrentar estos tipos de delitos que por su forma organizada de operar representan todo un desafío para descubrir y sancionar el delito

En el delito de lavado de activos habría que señalar que anteriormente se demandaba la comprobación del delito precedente, decir de la actividad ilícita de la cual provendría el dinero que se buscaba ocultar o convertir en otros bienes, mas ahora en la actualidad, ya no se requiere la prueba de ese “delito previo”.

Esta nueva posición origino la reacción de algunos autores garantistas que consideraban una violación al derecho de “ imputación necesaria” y el derecho a la “presunción de inocencia” en cuanto debería ser acreditado por el ministerio público éste hecho ilícito anterior para por imputarse el acto de lavado de activo Sin embargo la misma corte suprema ha precisado el carácter autónomo de éste delito mostrando con ello una flexibilización sobre estas garantías del inculpado.

Este nuevo criterio evidencia el cambio paulatino que se viene dando en el derecho penal en su lucha contra las nuevas formas de criminalidad en donde las garantías están siendo reformuladas.

Lo mismo puede decirse de otros delitos como el de la “conspiración para el asesinato”, recientemente incorporado en nuestro código penal, en donde solo el hecho de proponer ese trato ya configura el delito, y para algunos hasta hoy siguen criticando la punición sobre conductas consideradas como meros actos preparatorios pero que dada la grave amenaza que representan obliga a sancionar con anticipación estas conductas.

Definitivamente son formas de extender la intervención del derecho penal tanto en lo sustancial como en lo procesal pero que se justifican por la realidad que presenta la nueva sociedad.

Es así, que lo señalado por Reale (2004) sobre su teoría tridimensional del derecho (hecho, norma y valor) adquiere sustento, porque el derecho no es solamente la ley establecida en los textos legales, sino también los principios ideales que deben rigen la vivencia de las personas como la justicia, la solidaridad entre otros. Pero además de ellos, el derecho debe ser concebido como un fenómeno de la realidad. Esto es, en palabras del mismo autor como “una realidad histórico cultural.”

El derecho entonces no puede estar desligado de la realidad, de tal manera que cuando la sociedad por ser dinámica se presenta con nuevas relaciones, entonces el derecho debe responder a estas nuevas estructuras.

Es claro entonces que como lo manifiesta el Castañeda (2015), “La naturaleza de la delincuencia retrata la característica de una sociedad” (p. 19). La sociedad actual con el avance de la ciencia y de la tecnología y el proceso de globalización es distinta a la de años atrás.

Es inevitable consecuentemente que las concepciones asumidas en épocas pasadas se sigan manteniendo de las mismas en una época de grandes cambios sociales económicos y políticos. Esto no quiere decir que abandonemos los grandes logros de los derechos humanos si no la forma en que deben ser conjugados en su relación con los intereses de una nueva sociedad.

Concluyendo, en este punto podemos afirmar que los argumentos de los garantistas sobre el retroceso del derecho penal no son válidos, y no gozan de aceptación en la doctrina mayoritaria.

2.1.24. La flexibilización de las garantías

Conforme lo hemos venido afirmando desde un inicio, el derecho penal no puede mantener un buen funcionamiento cuando las garantías se hacen rígidas. Dicho de otro modo, se hace imprescindible flexibilizarlas. Y esta situación ya se viene asomando en el derecho penal moderno.

Enfatizamos entonces, que no puede darse una conjunción de principios sin que ambos no cedan una parte de su ámbito. Es por eso que resulta iluso invocar la aplicación absoluta de las garantías procesales y a su vez reclamar la eficiencia de la administración de justicia, porque ésta última solo puede darse con la restricción de las primeras.

Sin embargo, cualquier propuesta que restricción de garantías del debido proceso corre el riesgo de ser rechazado mayoritariamente, porque como lo hemos venido señalando hoy en día asistimos a un auge de los llamados derechos fundamentales los cuales a su vez se encuentran en plena expansión y con carácter universal por el llamado “efectos de irradiación” y en este contexto cualquier flexibilización de las garantías procesales es calificado automáticamente como propio de un derecho penal del enemigo.

Empero, como lo hemos venido resaltando, si bien no se ha planteado abiertamente

este problema, la praxis judicial ha venido reconociendo implícitamente la necesidad de esta restricción.

En la doctrina ya se advierte esta situación. Silva Sánchez nos dice que con el nuevo derecho penal no solo se crean nuevos bienes jurídicos y se incrementan las penas, sino también “se flexibilizan las reglas de imputación” y “se relativizan los principios políticos criminales de garantía”.

En la actualidad entonces a decir del mismo autor, “estamos concibiendo una reinterpretación de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal”.

La relativización de las garantías no es un concepto exclusivo del derecho penal del enemigo, sino del derecho penal moderno. Autores nacionales como Tomas Gálvez Villegas así lo destacan al referir que “en la era llamada de globalización en que la alta incidencia de los delitos de corrupción sobre todo a nivel internacional, “se viene reclamando una flexibilización de las categorías y relativización de los principios.”

A su vez, Reátegui Sánchez (2013), sostiene que “ante una sociedad moderna se debe optar por flexibilizar aquellos principios tradicionales del derecho penal propio de una política criminal de corte liberal para ser satisfechos los fines del derecho punitivo.”

Agrega además el mencionado autor, que “El derecho debe superar su natural tendencia a la hipertrofia con su adecuación a los cambios sociales” y al referirse a los conflictos de intereses que enfrenta el derecho penal actual, indica que hay que luchar por limitar el derecho penal hasta límites tolerables a los derechos fundamentales” con ciertos grados de ponderación a los intereses valiosos de la sociedad.”

Desde este punto de vista, ya no es posible ni razonable el seguir aferrado a posiciones rígidas y extremadamente garantistas porque la sociedad de hoy no es la misma que hace décadas atrás. Las nuevas situaciones obligan a reconsiderar los conceptos que antes

eran vistos como intangibles.

Nos llama por ello la atención, que se siga postulando una exigencia irrestricta de las garantías y que además sean puestos de manifiestos en algunas ejecutorias supremas como también de las resoluciones del Tribunal Constitucional, los cuales por el alto nivel en que se encuentran ejercen enorme influencia en los demás órganos jurisdiccionales.

Recalcamos entonces la necesidad de flexibilizar las garantías, puesto que como hemos venido señalando la viabilidad y eficiencia del derecho no puede darse sin la flexibilización de las garantías. Reiteramos por ello nuestra posición de que una observancia rigurosa de ellas lejos de optimizar por el contrario obstaculiza el sistema penal.

Nadie puede negar que en la actualidad las nuevas formas de criminalidad como ocurre con los delitos de corrupción y lavado de activos, en ellos, la carga de la prueba se ha relativizado, al punto que el investigado debe justificar la legalidad de bienes, lo que hace tiempo atrás esta exigencia hacia el investigado era entendida como toda una violación al principio de presunción de inocencia.

Tal situación responde a las nuevas concepciones que se asumen para enfrentar estos tipos de delitos que por su forma organizada de operar representan todo un desafío para descubrirlos y sancionarlos.

En el delito de lavado de activos habría que señalar que anteriormente se demandaba la comprobación del delito precedente, decir de la actividad ilícita de la cual provendría el dinero que se buscaba ocultar o convertir en otros bienes, mas ahora en la actualidad, ya no se requiere la prueba de ese “delito previo.”

Esta nueva posición originó la reacción de algunos autores garantistas que consideraban una violación al derecho de “imputación necesaria” y el derecho a la “presunción de inocencia” en cuanto debería ser acreditado por el ministerio público éste hecho ilícito anterior para por imputarse el acto de lavado de activo Sin embargo la misma

corte suprema ha precisado el carácter autónomo de éste delito mostrando con ello una flexibilización sobre estas garantías del inculpado.

Lo mismo se deja ver en el aspecto procesal, donde la carga de la prueba ha dejado de ser estática para convertirse en a dinámica, esto es que el Ministerio público encargado de la prueba no tiene que acreditar todos los supuestos del delito, sino que basta con demostrar algunos de ellos, corriendo a cargo del investigado la probanza sobre la legitimidad de su situación, tal como sucede con el delito de “enriquecimiento ilícito”, donde como se sabe el desbalance patrimonial del funcionario constituye un indicio del delito, correspondiéndole al investigado probar la procedencia ilícita de sus fondos.

En estos casos, se advierte claramente una flexibilización del principio de “presunción de inocencia”, ya que en sus conceptos clásicos fue entendido siempre como una garantía absoluta, esto es que el procesado no estaba obligado a probar absolutamente nada, y por el contrario le correspondía al titular de la acción penal la acreditación de todos los supuestos y elementos del delito.

En síntesis, tenemos que reconocer que la relativización de las garantías es un hecho que se viene imponiendo imperativamente merced a las nuevas necesidades del derecho penal.

Estas conclusiones ya se vienen dando en la doctrina, como es del caso de mencionar al Jurista español Jesús maría Silva Sánchez, cuando dice que: “la tendencia dominante en todos los países es la de restricción o la de reinterpretación de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal, como también la relativización de los principios políticos criminales.”

No les falta razón, entonces, a los juristas que anuncian la reformulación de los principios que se vienen experimentado hoy en día en el campo penal y esto es así, porque la razón lo impone.

2.1.25. El proceso penal y los intereses contrapuestos

En la aplicación de la justicia aparecerán irremediabilmente algunos conflictos de intereses que por sus propias características se ubicarán en lados opuestos, pudiendo señalar entre ellos a los siguientes:

- La intervención penal y las libertades individuales.
- La prevención especial y la prevención general.
- La seguridad jurídica y la justicia.
- La justicia restaurativa y la justicia punitiva
- La conformidad de las partes y la verdad material
- La disposición de las partes y la actuación oficiosa del Juez
- El interés de la víctima y el interés público.
- La celeridad procesal y las garantías procesales.

Estos intereses si bien se hallan en lugares contrapuestos no significan que deben estar siempre en una situación de sacrificio de unos frente al otro, sino que deben coexistir gradualmente. Dicho de otro modo, si bien no pueden ser sintetizados por el carácter antagónico que poseen, bien pueden concurrir en un punto medio equidistante, de tal modo que ninguno de ellos resulte excluido.

La necesidad de la coexistencia de éstos intereses, obedece a que cada uno de ellos contienen valores jurídicos de importancia que y orientan hacia una recta administración de justicia.

Se podrá refutar de que los valores son ideales absolutos porque no dependen de otros fines, y que dicha calidad impide relativizarlos, para permitir la concurrencia simultanea de otros valores. Empero, no podemos soslayar que los valores están en relación con el ser humano, y en ese sentido, si bien son inmutables en sí mismo, su conocimiento por parte del hombre si es relativo, de tal modo que sus alcances son temporales.

Como bien lo apunta Herrera y Álvarez (2007): “La vida de los pueblos hace que el hombre cambie sus conceptos y paulatinamente descubra su contenido. Pero que jamás se llegará a plasmar su perfección plena.” (p. 415).

No es razonable, entonces, que se siga hoy en día invocando los conceptos absolutos de las garantías, cuando la misma normatividad los restringe, y cuando además ya se tiene esclarecido por el mismo Tribunal Constitucional que ningún derecho fundamental es ilimitado.

Ahora bien, es evidente que dentro de un Estado Constitucional de derecho al cual nos ceñimos, los derechos del individuo deben priorizarse ante los intereses de la comunidad, pero ésta prevalencia en modo alguno implica que debamos desconocerlos o desdeñarlos de pleno, puesto que si pueden concurrir no existe razón para no hacerlo.

Las posturas radicales se explican por la existencia de situaciones de abusos que anteceden, y que generan naturales reacciones de poner fin a esa situación de sometimiento, y por esa misma razón natural se tiende a ubicarse al otro extremo opuesto.

La garantía y la eficacia, consecuentemente, son puntos referenciales sobre el cual desplaza el criterio de optimización de la administración de justicia. Estos criterios se ciernen a su vez como un péndulo en un punto medio equidistante de ambos lados, de tal suerte que si es llevado hacia uno de esos extremos, entonces vuelve desplazándose hacia el otro campo, y tanto mayor sea el empuje, tanto mayor será el desplazamiento hacia el lado opuesto.

No nos sorprenda entonces, que como consecuencia de las posiciones excesivamente garantistas que se han venido aplicando últimamente, se generen ahora como lógica medidas desmesuradas para conseguir la eficacia.

Lo dicho anteriormente, lo podemos constatar objetivamente con el hecho de que luego de la algarabía que despertó el nuevo código procesal con todas sus instituciones garantista, ahora, luego de percatarse el aumento de la criminalidad, aparecen las propuestas de algunos políticos de encargar a las fuerzas militares el cuidado del orden público. Estas medidas, como es obvio, han merecido el rechazo de una gran parte de la población, pero deja en evidencia la veracidad de éste aforismo.

Este efecto radical, de ubicarse hacia el otro extremo del marco por donde se mueven los criterios de idoneidad del servicio de justicia se ponen igualmente de manifiesto en éstas concepciones rígidas del garantismo, el cual en la pretende despojar al derecho penal de su carácter público y convertir los delitos en meros conflictos privados, a tal punto que la solución de ellos quede sometido exclusivamente a las voluntad de las partes, como ocurre con los “acuerdos reparatorios” o cuando en los proceso comunes se rechaza la intervención del Juez y le asignan una labor de simple decisor.

Estos criterios del cual discrepamos no solo inciden negativamente en la aplicación de la justicia fomentando las impunidades, sino que además, repercute en el campo procesal, porque abren las puertas a toda una avalancha de pedidos y recursos que embalsan los despachos judiciales.

El proceso es definido como la sucesión de actos jurisdiccionales por medio del cual se desarrolla la actividad investigadora y se permite arribar a una determinada decisión judicial. Su objeto es determinar la existencia de un delito, la forma y circunstancia de su realización, y la responsabilidad de sus autores, y en cuanto a su finalidad podemos decir que es la imposición de la sanción penal.

Tal como lo apunta el Binder (2003), “(...) toda construcción de síntesis es una falsa impresión porque entre ellas se presenta una antinomia”.

Conforme lo menciona el referido autor, la necesidad de tutelar a la víctima y a la vez al inculpado no puede encuadrarse en una fórmula exacta de armonía, ésta resulta ser la razón por la cual el proceso penal se presenta siempre como una “antinomía fundamental” por sus tensiones dinámicas.

Afirma, así mismo, el Binder (2003), que ante situaciones antagónicas sólo puede recurrirse al equilibrio entre ambas necesidades, pero que este equilibrio es inestable por las fuerzas que pugnan de ambos extremos inclinándola de un lado hacia el otro. En esta lógica se dice que “no puede haber un proceso perfecto en el sentido de poder satisfacer ambas necesidades”.

Estas reflexiones nos permiten entender la complejidad del proceso penal, en cuanto concurren intereses opuestos, como sucede con la celeridad procesal y el respeto a las garantías del individuo y en esa situación es que el juzgador debe buscar el punto medio.

Bajo este contexto, no es correcto utilizar términos como el de “respeto irrestricto” o de “absoluta observancia”, que hacen alusión a una aplicación ilimitada de las garantías, porque no encajan con esa dinámica dialéctica que tiene el proceso penal. No posible tener un proceso puramente garantista como tampoco un proceso cien por ciento eficaz.

Debemos entonces asumir una posición sincera y admitir que si deseamos mejorar la eficiencia debemos restringir las garantías. Un proceso válido no tiene que ser necesariamente perfecto.

La relativización de las garantías no es un concepto exclusivo del derecho penal del enemigo, sino del moderno derecho penal. Autores nacionales como Gálvez (2001) así lo destacan al referir que “en la era llamada de globalización en que la alta incidencia de los delitos de corrupción sobre todo a nivel internacional, se viene reclamando una flexibilización de las categorías y relativización de los principios”

A su vez, Reátegui (2011) sostiene que “ante una sociedad moderna se debe optar por flexibilizar aquellos principios tradicionales del derecho penal propio de una política criminal de corte liberal para ser satisfechos los fines del derecho punitivo”. Agrega, además, el mencionado autor que “el derecho debe superar su natural tendencia a la hipertrofia con su adecuación a los cambios sociales” y al referirse a los conflictos de intereses que enfrenta el derecho penal actual, indica que hay que luchar por limitar el derecho penal hasta límites tolerables a los derechos fundamentales” con ciertos grados de ponderación a los intereses valiosos de la sociedad”.

De igual modo, lo reconoce Sánchez (2006), cuando dice que : “ la tendencia dominante en todos los países es la de restricción o la de reinterpretación de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal, como también la relativización de los principios políticos criminales”

Las opiniones de los destacados autores tanto nacionales como extranjeros, nos muestra la innegable realidad de que el derecho penal lejos de reducirse como lo vaticinan los minimalistas, por el contrario, se está extendiendo, y a su vez se encuentra en una fase de reformulación sobre sus conceptos y principios garantistas.

Es cierto que todos nosotros desearíamos vivir en una sociedad con pocas restricciones, sin amenazas e incluso sin sanciones punitivas, pero esto no es lo que sucede verdaderamente en nuestro mundo.

Desde una concepción subjetiva del derecho, diríamos que las normas que regulan los comportamientos de las personas responden al “debe ser” a diferencia de la realidad que se corresponde con el “ser” y por lo tanto es el derecho en que debe enrumbar y orientar la sociedad conforme a dichos ideales. La concepción objetiva del derecho por el contrario, entiende que no es el derecho en los incide en el carácter de una sociedad. sino por el contrario, es la sociedad la que da forma al derecho.

Conforme a esta concepción objetiva a la cual nos suscribimos el derecho entonces se transforma conforme evoluciona la sociedad.

El derecho para mantener su eficacia y funcionalidad debe necesariamente adecuarse a los cambios, dejando de penalizar conductas que han perdido relevancia social con el paso del tiempo, y a su vez regular nuevos comportamientos que han adquirido trascendencia.

El duelo, el adulterio, por citar algunos ejemplos fueron conductas delictivas que han sido abrogadas, por obsoletos y contrariamente hoy en día tenemos a los delitos cibernéticos, o de contaminación que responden a las nuevas formas de criminalidad.

Es claro, y en ello todos coincidimos, de que los problemas de la sociedad no pueden ser resueltos recurriendo únicamente al derecho penal, porque para ello debe establecerse mejoras en el campo laboral, asistencial, educación, deporte entre otras medidas, sin embargo habría que hacer la precisión que junto a dichas medidas de carácter social, el derecho penal interviene para sancionar las trasgresiones.

Aclaremos entonces, que la adopción de ciertas medidas de carácter estructural no implica necesariamente el desplazamiento del derecho penal, porque mientras ellas están orientadas básicamente a la prevención, a evitar la comisión de ciertos delitos, el derecho penal fundamentalmente está dirigido a sancionar las conductas ya perpetradas.

En este orden de ideas, el rechazo a un derecho penal simbólico no debe interpretarse como la oposición a la penalización de ciertas conductas, como puede deslizarse de las críticas provenientes del garantismo, sino de la omisión de las otras medidas que deben concurrir para enfrentar un determinado delito. Dicho de otro modo, penalización puede estar debidamente justificada, aunque a que la política criminal sea deficiente.

Creo que todos quisiéramos contar con medios alternativos de igual o de mayor eficacia que el derecho penal para controlar ciertas conductas perjudiciosas, sin embargo, y en esto debemos también ser sinceros, las otras formas de control no han dado las respuestas

deseadas. La conducción de vehículo en estado de ebriedad es un ejemplo de ello. Todas las sanciones administrativas dispuestas con la finalidad de reducir este tipo de conducta, han fracasado, y no se ha logrado disminuir los accidentes que terminan con muchas vidas humanas, sin embargo, aún subsisten voces garantistas reclamando la despenalización de estos comportamientos.

Subsiste consecuentemente otra antinomia en el derecho penal como es el principio de “mínima intervención”, frente a la “expansión” o maximización del derecho penal. La primera afanada en reducir la intervención del derecho penal en la mayor medida, y la segunda avocada a atender las nuevas demandas de una nueva sociedad cada vez más compleja.

Ahora bien, es correcto afirmar que el concepto de “mínima intervención”, es uno de los principios que rigen el derecho penal, y que ello no se condice con la ampliación de delitos y el abarcamiento de conductas que propiamente eran consideradas hasta hace poco como simples “actos preparatorios”. Sin embargo, como ya lo hemos venido resaltando las nuevas demandas de protección corresponden básicamente a delitos de peligro, cuyo fundamento y justificación se hayan precisamente en el riesgo que ellos representan.

Nadie podrá objetar que determinadas conductas por su gran lesividad obligan a adelantar las barreras de protección para evitar la inminente lesión de los bienes jurídicos. Los delitos de tráfico de armas o la de asociación ilícita para delinquir, son claros ejemplos de ellos.

No les falta razón entonces a los juristas que anuncian la reformulación de los principios que se vienen experimentando hoy en día en el campo penal, y esto es así porque la razón lo impone.

Lo mismo se deja ver en el aspecto procesal, donde la carga de la prueba ha dejado de ser estática para convertirse en dinámica, esto es que el Ministerio público

encargado de la prueba no tiene que acreditar todos los supuestos del delito, sino que basta con demostrar algunos de ellos, corriendo a cargo del investigado la probanza sobre la legitimidad de su situación, tal como sucede con el delito de “enriquecimiento ilícito”, donde como se sabe el desbalance patrimonial del funcionario constituye un indicio del delito, correspondiéndole al investigado probar la procedencia ilícita de sus fondos. .

En estos casos, se advierte claramente una flexibilización del principio de “presunción de inocencia”, ya que en sus conceptos clásicos fue entendido siempre como una garantía absoluta, esto es que el procesado no estaba obligado a probar absolutamente nada, y por el contrario le correspondía al titular de la acción penal la acreditación de todos los supuestos y elementos del delito.

Desde este punto de vista, ya no es posible ni razonable el seguir aferrado a posiciones rígidas y extremadamente garantistas porque la sociedad de hoy no es la misma que hace décadas atrás. Las nuevas situaciones obligan a reconsiderar los conceptos que antes eran vistos como intangibles.

Nos llama por ello la atención, que se siga postulando una exigencia irrestricta de las garantías y que además sean puestos de manifiesto en algunas ejecutorias supremas como también de las resoluciones del Tribunal Constitucional, los cuales por el alto nivel en que se encuentran ejercen enorme influencia en los demás órganos jurisdiccionales.

2.1.26. El garantismo y la justicia negociada

Como hemos venido señalando la ineficiencia del derecho penal ha conllevado a la aplicación de nuevos mecanismos de solución denominados “justicia negociada” en donde las partes pactan sobre la pena y el proceso concluye de manera inmediata. Este tipo de acuerdos es conocido también como “instituciones de conformidad. Junto a ello encontramos también

la denominada “Justicia restaurativa” donde centran el acuerdo sobre la reparación de los daños y evitan con ello la instauración del proceso penal.

Sobre los primeros, hay quienes celebran su incorporación al código procesal como remedios de facilitación a los procesos penales. No obstante, debemos insistir que dichos mecanismos de simplificación no resultan del todo beneficiosos porque desconocen algunos principios del derecho, como también su propia finalidad.

Para algunos autores la crisis del derecho penal surge cuando se desplazó la atención del autor a la víctima, intentando castigar al trasgresor en lugar de exigir una reparación, porque ésta siempre ve al derecho penal como un instrumento de venganza reclamando para todos los casos la encarcelación.

La culpabilidad en ese entonces se fundaba en la prevención general donde la intensidad de la sanción se medía según el grado de indignación que despertara la acción delictiva en la opinión pública. La ira colectiva reclamaba la imposición de penas drásticas para el autor.

Es así que el afán desmedido por reivindicar a la víctima relegada por mucho tiempo habría llevado a ahora a prevalecer el resarcimiento sobre la sanción. Según Jericó (2014), “Hoy estaríamos asistiendo al afianzamiento de la víctima dentro del sistema penal iniciado tímidamente en los años sesenta que ha llegado a convertir a la víctima en un estandarte de un populismo punitivo exacerbado”.

Las nuevas propuestas de enfrentar el delito sin recurrir al instrumento punitivo parten precisamente de ese protagonismo que le otorga hoy a la víctima, pero no orientada a la sanción penal sino a la reparación, toda vez que contrariamente a lo esperado las sanciones “ejemplares” no obtuvieron el efecto esperado y tampoco favoreció a la tan deseada resocialización del agresor en su lugar solo produjo la saturación los juzgados penales y el hacinamiento de las cárceles.

En razón a ello, ahora la participación de la víctima estriba en la posibilidad de concertar con el denunciado sobre el resarcimiento del daño y como producto de este acuerdo arribado, prescindir del proceso penal, evitando con ello el desarraigo y la estigmatización que produce la condena efectiva.

Nacen así, el “Acuerdo preparatorio” realizado entre el autor y la víctima, y el “Principio de Oportunidad” en donde el representante del Ministerio público se abstiene de formalizar la investigación preparatoria (o denuncia) ante la conciliación que arriban las partes sobre el daño ocasionado.

Así mismo, se proponen otras formas mecanismos procesales de “conformidad” como la “Terminación anticipada del proceso” y la “Conclusión anticipada del juicio oral” entre otras figuras técnicas tendientes a lograr la simplificación de los procesos.

Como se sabe, la indemnización, como legítima pretensión del agraviado, ya venía siendo atendida dentro del proceso penal, empero su participación no resultaba relevante en la continuidad del proceso, la prosecución de la investigación como la sanción a imponerse siempre estuvo deparada exclusivamente al Estado, mas ahora con la incorporación de estas figuras se permite la negociación del inculpado con la víctima como también con el representante del Ministerio Público.

Se aminora de esta forma la demanda de castigo y en su lugar se da una forma de reconciliación entre ambas partes poniéndose mayor acento en la prevención especial sobre la general evitando los efectos nocivos que trae la cárcel para el sentenciado.(La terminación anticipada al igual que la conclusión anticipada del juicio, si bien no impiden que se pueda imponer una pena privativa de libertad, en cambio permite concluir los procesos de manera rápida y evita el malestar que significa para el procesado el afrontar un juicio público) .

Para algunos juristas, estos modelos de negociación dejan a la justicia y a la verdad en un segundo plano, convirtiendo al derecho penal como un “mecanismo de gestión” porque solo buscaría la eficiencia dejando de lado su eficacia preventiva e integradora la misma que radica en su significado comunicativo.

Se dice, así mismo, que esta suerte de privatización del proceso conduce a un vaciamiento del derecho y lo conduce a una pura “facticidad administrativa ejecutiva” en donde solo se busca las soluciones rápidas y con menos costo. Como bien lo refieren algunos tratadistas estos nuevos mecanismos constituye una “deformación del derecho penal.”

Ha de precisarse, no obstante, que, si bien estas nuevas instituciones se sustentan en una mayor eficiencia, contrariamente a lo que se piensa no son cuestionados por los garantistas si no por el contrario han sido saludados como formas de evitar el exceso de punición como también los efectos agraviantes que encierra el juicio público, y con más razón cuando estamos frente a justicia restaurativa, en donde siquiera se instaura el proceso investigador.

En estos procesos se desatiende los principios del “debido proceso” y de “presunción de inocencia” y pese a todo ello, no son cuestionados por los garantistas.

La razón de esta paradoja estriba en que los garantistas siempre ven al Estado como una amenaza al cual hay que enfrentarlo y reducirlo permanentemente, de tal forma que mientras menos intervenga mucho mejor para el individuo que no ve afectada su libertad, y dado que a través de estos medios se limita el poder punitivo, entonces les resulta favorable.

Adelantamos ya que, a nuestro entender y a riesgo de parecer pesimistas, que dichas innovaciones no son tan prolijas como se pretende presentarlas en la realidad, o que constituyan la verdadera solución al problema, muestra de ello es que pese a ser incipientes ya se han emitido algunas normas que van restringiendo su aplicación.

Nos adherimos a lo señalado por García (2008), cuando dice que “Hoy por hoy no disponemos de alternativas globales válidas que puedan asumir institucionalmente las funciones del Derecho penal”.

En Alemania, esta forma de solución a través de la concertación y resarcimiento de la víctima sigue siendo controvertido. Así nos hace ver el profesor alemán Dieter (2009), enfatizando que la legitimidad sobre la justicia restaurativa aún no ha sido silenciada, y la polémica continúa hoy en día.

No se puede negar que los acuerdos preparatorios proporcionan simplicidad y favorece mejor a la resocialización, pero como lo reiteramos, su aplicación es muy limitada para afirmar que estamos realmente ante el gran cambio.

Igualmente se dice, que la pena privativa de libertad debería estar reservada únicamente para los delitos de gravedad y como consiguiente la cárcel solo debería albergar a delincuentes de mucha peligrosidad, pero estas concepciones tampoco resuelven el problema, porque nuestro código penal incluye un alto número de delitos con penas desproporcionadas. De tal manera que la mayoría de los delitos que se presentan contienen sanciones altas que no solo impide la aplicación de los principios de oportunidad, sino que tampoco permite la utilización de las medidas alternativa a la pena privativa de libertad.

Desde el liberalismo, se ha considerado al poder punitivo del Estado como instrumento de poder, se le niega utilidad alguna, y lo contraponen a los derechos de fundamentales. Se dice que la pena privativa de libertad no resocializa y solo trae miedo el miedo a la población. Para algunos estudiosos del derecho como Zaffaroni (2005), la función del Derecho penal es reducir y contener el poder punitivo del Estado para que éste no se vuelva brutal y totalitario.

Queramos o no reconocerlo, las penas son necesarias porque cumplen una función de defensa de la sociedad (Kant y Hegel), sin embargo, como lo hemos venido señalando,

existen autores como Saffaroni que las cuestionan afirmando que no hay datos empíricos (evidencia fáctica) que lo demuestre sus efectos positivos.

En este contexto las salidas simplificadoras que evitan la judicialización de los procesos mediante los acuerdos reparatorios, como también la conformidad sobre la pena como sucede con la terminación y conclusión anticipada, significan una forma de limitar ese poder del Estado.

Algunos autores como Galain (2009) Palermo defienden la aplicación de la justicia restaurativa bajo el argumento de que “ hay que romper con el paradigma de la justicia clásica violenta y de coercitiva que solo logra la exclusión en lugar de la inclusión del individuo y que la justicia tradicional solo se interesa en el rito social del castigo.

En nuestro medio, esta figura de la justicia restaurativa, conocida también como derecho penal de tercera vía, se encuentra inserta en nuestro código procesal en su artículo segundo denominado “Principio de oportunidad” y es llamada por algunos como “justicia dulce” porque viene desprovista de las consecuencias nocivas que genera el proceso penal como también la estigmatización que produce la condena.

Se dice que esta nueva forma de resolver los delitos asumiendo una concepción “privatista” y donde se privilegia el principio dispositivo muy propio del derecho civil, podría extenderse hasta otros campos como sería la etapa de la ejecución de las penas, porque hoy en día también se viene promoviendo la privatización de las cárceles.

Pero si bien es cierto, estas formas de solución aparecen como una solución a la ineficiencia de la administración de justicia para enfrentar el incremento de las demandas, tal es así, tienen su base en el “eficientismo”, éstas encierran todo un peligro para el proceso penal por cuanto podrían extenderse al grado que llegarían a reemplazar al mismo proceso común, y en estos supuestos estaríamos frente a una justicia desprovista de sus principios

elementales, sin debido proceso, sin proceso justo y desatendiendo el interés público, renunciando a la verdad y, consecuentemente, desechando la justicia.

En una situación así, veríamos que aún los casos más graves podrían quedar sin juzgamiento cuando ocurra la conformidad y consiguientemente quedaría sin conocerse las circunstancias del evento criminal.

Nadie puede negar que los familiares de los fallecidos quieren saber lo que realmente sucedió con ellos, como murieron, donde se encuentran sus cuerpos y como participaron los imputados.

La sociedad igualmente mantiene un vivo interés sobre estos graves delitos para protegerse de similares situaciones y determinadas personas, pero, sobre todo, la sociedad quiere sentirse confiada en su sistema de justicia a través de las resoluciones justas, pero esto no se puede constatar en medio acuerdos privados entre las partes y en donde además se prescinde de un juicio público.

El panorama así expuesto modificaría todas las bases del derecho, e implicaría en la práctica a una renuncia de los derechos fundamentales de la persona y un retroceso en la historia del derecho. Los criterios políticos entonces habrían reemplazado a los criterios jurídicos. El “pragmatismo” habría avasallado a las garantías.

Si bien es innegable que estas formas de solución tiene un efecto favorable para el trasgresor porque no se ve desarraigado de su familia, de su trabajo y se mantiene insertado en la sociedad y esto también evita el hacinamiento de las cárceles, por lo que podemos reconocer que surte efectos de prevención especial, no podemos decir lo mismo sobre la prevención general porque no se transmite ningún mensaje a la población de inhibirse al delito.

El famoso profesor alemán Roxin, destaca la importancia de estos dos fines de la pena (especial y general) precisando que los motivos preventivos especiales no pueden ser

reducida hasta el punto que quebrara la confianza en el ordenamiento jurídico. Esto es que no basta con atender los fines especiales y olvidarse de los fines preventivos generales.

El mencionado autor pone como ejemplo el caso de algunos delincuentes que sean enjuiciados después de cierto tiempo en que ya se encontraban completamente insertados en la sociedad, los cuales ya no representaban ningún peligro, pudiéndose decir que no requerían tratamiento de resocialización, sin embargo refiere el destacado autor que en estos casos de todas formas debería imponerse la sanción dado que existiría la necesidad de prevención general, porque de lo contrario, podría estremecer gravemente la conciencia jurídica general. (Crespo, 2008).

Nosotros somos partidarios de una “justicia pronta” y por ello hemos venido proponiendo la simplificación de los procesos, pero en modo postulamos una administración de justicia despojada totalmente de sus garantías necesarias que la legitiman ante la sociedad, Postulamos una flexibilización de ellas, pero no su anulación como ocurre en estos medios alternativos.

En la actualidad ya se reconoce que la justicia restaurativa, vulnera el “principio de legalidad”, puesto que ante la comisión de un ilícito no se aplica la consecuencia jurídica establecida en la norma, y de igual manera se afecta el “derecho de presunción de inocencia” porque se resuelve con la sola conformidad del imputado y sin que corroborarse esa responsabilidad con otros medios.

No obstante, se permite su aplicación como situaciones excepcionales, y apoyadas en la necesidad de descongestionar a la administración de justicia, como también del hecho de entender que los derechos fundamentales no son absolutos. Sin embargo, la situación se presenta diferente y peligrosa cuando estos medios de solución se generalizan al punto de convertirse en el sistema principal.

Esta es la razón por la cual algunos juristas denominan a estos medios alternativos de solución como verdaderos bichos. Porque son ajenos al derecho penal, y pueden afectar existencia.

En un estudio realizado en los distritos judiciales del Perú en el año 06 al 011, sobre la aplicación de estos mecanismos alternativos, se determinó que ó que cerca del 12 % de ellas se resolvían por estos medios, y que la tendencia era la baja dando la percepción de que dichas instituciones no estaban siendo bien acogidas por los litigantes.

Sin embargo, otros estudios más específicos determinaron que en el distrito judicial de Huara donde se pone se puso en práctica por primera vez el código procesal y por lo tanto con más vigencia en comparación con el resto del país, verificó que estos mecanismos alternativos llegaron a alcanzar a 57%. en los juzgados unipersonales 51 % en los Juzgados colegiados. Estos números muestran que la preferencia de estos medios de solución simplificada por el contrario ha venido en aumento, de tal modo el problema que planteamos no está muy lejos de presentarse.

En nuestro medio ya algunos autores nacionales como Bulnes (2015) han expuestos puesto los peligros que trae estos mecanismos proveniente del sistema americano, indicando que “la aparición de remedios tales como la mencionada institución de la conformidad o la negociación de la pena, debería operar a lo sumo como válvula de escape pero nunca como sustituto del debido proceso”

El apunte del mencionado autor es relevante porque alerta sobre el riesgo que significa privilegiar estos mecanismos de simplificación, porque en lugar de ser las excepciones por el contrario pueden convertirse en las reglas comunes de la resolución de los casos penales y las garantías del debido proceso estarían siendo desplazadas por completo.

Si el sistema actual ha recurrido a estas formas de resolución para desahogarse de su inmensa carga procesal, es imprescindible entonces revisar los conceptos del mismo sistema procesal para detectar y corregir los defectos que conllevan a obstruir y entrapar los juicios.

Mientras muchos académicos y operadores del derecho siguen elogiando las bondades del nuevo modelo procesal destacando continuamente su espíritu garantista, otros en cambio ya vienen notando sus deficiencias y los problemas que ello conlleva. Bulnes (2015) es uno de los Juristas que ya se ha pronunciado en este sentido indicando que “Ya existe razón suficiente para proceder a una revisión del proceso penal en su conjunto a fin de dotarlo de efectividad”

Nuestra propuesta es entonces, que, ante la ineficiencia mostrada por la administración de justicia, este problema no sea resuelto acudiendo masivamente a estos mecanismos de negociación, sino más bien a reestructurar su propio núcleo, que es donde reside a nuestra opinión la raíz de sus problemas, y esto viene de sus propias concepciones rígidas y absolutas sobre las garantías.

Bustamante (2014), refiriéndose a estos mecanismos de simplificación nos dice que, si la justicia es uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico, entonces debería alcanzar a todo tipo de procedimiento, cuestiona, por ende, a este mecanismo de simplificación en cuanto con ello ocurre un distanciamiento con la justicia.

El mencionado autor considera que las causas que generan este distanciamiento con la justicia son el primero lugar, el hecho de concebir al proceso penal de manera autónoma, alejados de los vínculos del derecho sustancial, y olvidando que es un instrumento para llegar a aplicar la justicia, y por lado está la prevalencia de la certeza por encima de la justicia. En este contexto se pregunta: ¿Cuanta justicia y cuanta paz social debe sacrificarse en aras de esa previsibilidad para no avivar la amenaza del retorno de la acción directa?

2.1.27. La seguridad ciudadana

En esa línea de pensamiento, se rechaza cualquier referencia a la "seguridad" como un tema que tenga que ver con la función del derecho penal.

Sus detractores lo involucran con lo político, porque son llevados como propuestas por algunos candidatos que ofrecen la solución a las demandas del pueblo, (mensajes simplistas) cuando saben que la criminalidad no se resuelve con el derecho penal, y en todo caso de implantarse un nuevo sistema, lo único que se obtendría sería un estado policial, con institutos inquisitivos y con penas desproporcionadas, es decir, una situación totalmente irracional.

Para algunos el tema de la "seguridad", es un pretexto para volver al "totalitarismo". Se dice que invocar esta ideología implica el riesgo de tener un "derecho penal de emergencia" donde se podrán dictar leyes que permitirían un mayor control del estado sobre los ciudadanos, o de la adopción de un "derecho penal del enemigo" por el cual el delincuente perdería su condición de persona frente a la sociedad.

Se señala así mismo, que estas situaciones vienen evocadas por los medios de prensa que a diario comentan los diferentes crímenes callejeros generando una percepción de inseguridad, que no necesariamente se corresponde con la realidad, y por último se llega decir que el derecho penal no protege sentimientos de seguridad.

Los partidarios de la justicia restaurativa presentan los conflictos como si fuera la regla cuando en verdad solo son la excepción, dado que solo puede aplicarse sobre delitos menores que son muy pocos en nuestro ordenamiento pena.

Si bien se le reconoce algo de verdad a la tesis cuando proclama que el problema de la criminalidad no se resuelve con la agravación de las penas, ello no puede llevarnos a la conclusión inversa de que a menor sanción se tiene una mayor efectividad. No por despenalizar el delito de conducción de vehículos en estado de ebriedad se va a disminuir los

accidentes de tránsito, ni tampoco con la abolición del delito de omisión a la asistencia familiar se va a lograr que los padres sean más responsables con sus hijos.

Sabemos que el problema de la delincuencia obedece a diversos factores que provienen de la misma estructura de una sociedad, y que la sola penalización de determinada conducta no va a desaparecer el fenómeno delictivo, pero no podemos negar que uno de los francos por el cual se ataca este problema es tipificándolo, sobre todo cuando otros campos del derecho han fracasado en su contención, vale decir, donde los otros controles formales e informales tampoco han podido frenarlo.

Aspiramos a una sociedad armoniosa donde todos sus habitantes respeten los derechos de los demás, pero la realidad nos muestra una situación totalmente distinta, observando que algunos comportamientos considerados adecuados no son genuinos si no que devienen de las coerciones que producen algunas normas. Los abolicionistas intentan desconocer ésta forma de comportamiento reglado, y confían en que los delincuentes enderecen su conducta por la sola reflexión, Eso es lo que debería corresponder al “debe ser” y deseamos todos que algún día lo alcancemos, más en nuestro tiempo, tal como nos presenta la delincuencia, no podemos prescindir de éste instrumento coercitivo que es el derecho penal sin el cual estaríamos siempre desprotegidos a los ataques de cualquier trasgresor que muestra un total desprecio por los derechos y sentimientos de los demás.

Debemos ser sincero y reconocer que ninguno de nosotros quisiéramos ser víctimas de asaltos extorciones o secuestros, y si ello sucede acusaremos de seguro a nuestras autoridades de ineficientes. Debemos ser sincero y admitir además que los linchamientos ya no sedan solo en las zonas rurales o alejadas si no en la misma capital, Hoy en día se promueven campañas urbanas denominadas “Chapa Tu Choro y déjalo paralítico”, son muestras claras de la desconfianza que se tiene de las instituciones.

Nosotros no compartimos dicha tesis porque el derecho penal esta indisolublemente ligada a la idea de justicia y ésta justicia no solo es conmutativa sino también es “distributiva”, ésta última como se sabe, tiene una función de reprimir conductas que lesionan o ponen en riesgo los bienes jurídicos. Un Derecho penal desprovisto del elemento coercitivo no podría existir. Toda norma que no venga acompañada de una consecuencia negativa no sería respetada por la mayoría, y ninguna sociedad que aspira a la convivencia pacífica y armoniosa de sus miembros puede prescindir de las normas.

Esta forma de justicia compensatoria que propone la sola reparación del daño ante la comisión de un delito, no puede ser aceptada, porque lejos de enmendar conductas delictivas por el contrario las incentiva, toda vez que el delincuente ante el fracaso de su delito solo tiene que devolver el bien a su dueño. Desde la perspectiva de costo y beneficio, tendría mucho que ganar y nada o muy poco que perder.

Si bien es cierto, que la reparación del daño causado puede generar efectos inhibitorios en algunas personas porque ve afectado su economía, y éste desmedro sobre su patrimonio lo desalentaría a incurrir en nuevos delitos, esto no ocurre con todas las personas. Por mucho que nos esforcemos en clamar la igualdad hasta el cansancio, lo cierto es que los efectos de una sanción no son asimilables de igual forma por todas las personas.

Esta es la razón, del porque en la medición de una pena se toma en cuenta las condiciones personales culturales y sociales del trasgresor. Dejamos claro que no se trata de determinar una responsabilidad por la sola forma de vida (derecho de autor) sino el de fijar una clase de sanción para un delito ya acreditado por los medios probatorios.

Al Juez le toca ésta importante labor de elegir la pena más adecuada, considerando entre otros factores la condición personal del condenado, ello es así, que en ciertos casos puede hasta suspender la ejecución de una pena efectiva como también reservar el fallo

cuando estamos frente a una persona que permite un juicio favorable sobre su comportamiento en el futuro.

Resulta entonces ingenuo afirmar que el derecho penal obtendría una mayor eficiencia acudiendo siempre a las sanciones de carácter resarcitorias, porque en primer lugar no siempre ello desmotiva al delincuente, y en segundo lugar se parte de un supuesto nada cierto de que todo trasgresor cuenta con bienes para resarcir a la víctima cuando la realidad nos muestra lo contrario y en tercer lugar, los delitos que pudieran ser comprendido por este mecanismo son de poca lesividad y, en comparación al grueso de los delitos que contiene el código penal su incidencia resulta mínima, y en ese sentido, no parece incidir de manera sustancialmente en la problemática actual.

Es cierto que las decisiones judiciales recaídas en los casos penales también resuelven un conflicto entre las partes (agresor y la víctima), pero la intervención del derecho penal va más allá de los intereses particulares y trasciende a la misma sociedad, y esto es así, porque las mayorías de los delitos generan un impacto en la comunidad, ya sus miembros se ven amenazados como posibles y potenciales víctimas de los mismos agresores. Es un error consecuentemente ver al delito como un problema privado como si solo fuera de interés de las partes.

Nuestro ordenamiento penal si bien contiene algunas instituciones con ese carácter, que sucede con las querellas, incluso con el mismo principio de oportunidad, esto opera de manera excepcional y bajo ciertas exigencias, pero de modo alguno pueden ser entendido como la finalidad del derecho penal.

Pero aparte de esto, debe resaltarse que en esencia lo que se procura en la sentencia penal es la aplicación de la justicia. Este sentido de justicia es inherente a todo ser humano, y por eso cada uno de nosotros lo podemos percibir, aun cuando no nos haya afectado directamente la agresión. Es este sentido natural que nos genera indignación cuando estamos

frente a una injusticia. Como bien lo dice el jurista Pawlik (2014) “El derecho penal desprivatiza el conflicto entre el autor y el lesionado”

Si las sentencias estuvieran alejadas de este propósito entonces se deslegitimaría porque perderían la confianza de la población y se desconocería gradualmente su autoridad.

2.1.28. La concepción garantista y su postulación a un nuevo derecho penal desligado de justicia.

En el transcurso del presente trabajo hemos venido destacando las constantes demandas por parte del garantismo sobre una mayor aplicación de soluciones alternativas, (principio de oportunidad, acuerdos preparatorios) con lo cual se estaría respetando el principio de mínima intervención del derecho penal, el mismo que debería estar reservado únicamente para las conductas muy gravosas.

Según dicha concepción, se hace imperativo un cambio de paradigma sobre el concepto del proceso penal, donde su finalidad no sería la de comprobar la existencia del delito, su posible autor y las circunstancias de su realización para imponer la sanción en los casos que corresponda; sino simplemente el de resolver los conflictos de la manera más simple y con la menor intervención posible de este instrumento punitivo del Estado.

Contrariamente al efecto extensivo que viene mostrando el derecho pena en el escenario mundial, los garantistas abogan cada vez más por su retroceso, exponiendo como principal argumento el efecto de socializador de las penas privativas de libertad, y su poca efectividad para disuadir la delincuencia. Proponen en cambio, el acudir a estas otras opciones menos gravosas para el ofensor y más ventajosas para la víctima. Entienden que estos mecanismos lejos de enfrentar a las partes por el contrario las reconcilian, el agraviado consigue una rápida compensación y el agresor se salva evita de la estigmatización y la exclusión social que significa la pena.

Se dice que la administración de justicia saldría igualmente favorecida al evitarse el congestionamiento de procesos, (éstos estarían reservados únicamente para delitos de mucha gravedad), y el sistema penitenciario, igualmente, se beneficiaría con el deshacinamiento de las cárceles (solo albergaría a reos de alta peligrosidad).

Bajo ese orden de ideas se procura potenciar la aplicación de estas fórmulas alternativas recomendándose para ello, la ampliación de delitos que puedan ser albergados y resuelto en estas etapas preliminares de la investigación (delitos leves y de hasta mediana gravedad), de tal modo que deje de ser vista como una vía excepcional y por el contrario se convierta en la fórmula principal de resolver los delitos. y en esa misma relación, se propone también extender los alcances de los otros mecanismos denominados simplificadores (terminación anticipada y conclusión anticipada del juicio oral) para ser abarcados en una mayor cantidad.

Sin embargo, estos planteamientos asumidos por muchos autores que se autodenominan garantistas tropiezan con el inconveniente de no poder conjugar dicha tesis con el concepto de “justicia”.

Los seguidores de esta corriente, han buscado encubrir su falencia recurriendo a las diversas definiciones de justicia, y en algunos casos hemos visto que se opta simplemente por negarla.

Si desde la filosofía se concibe al Derecho ligado indefectiblemente a la idea de justicia, no es posible admitir una tesis como la comentada donde o bien se tergiversa su significado o llanamente se le termina desconociendo.

Es cierto que el concepto de justicia encierra varias acepciones (conmutativa, distributiva compensativa, entre otras) sin embargo, desde ya descartamos que la justicia puramente compensatoria o restaurativa como lo manifiestan algunos sea la que se

corresponde con el derecho penal, tal planteamiento dejaría sin sentido al derecho penal ante los casos en que no existiera tal posibilidad de resarcimiento.

Disentimos por eso de este significado que ahora se pretende asignarle al proceso penal con la finalidad de despojarlo de su componente sancionatorio.

Esta nueva concepción que la venimos apreciando desde la última década, conocida también como: “Derecho penal de tercera vía” postula que la reparación del daño sería una forma de sanción a través del cual se obtendría la finalidad del derecho penal de una manera más rápida eficiente.

Dentro de esta lógica, se dice que, “el restituir la armonía a través de la negociación no significa despojar al derecho penal de su finalidad (justicia)”, sino que se estaría cumpliendo con uno de sus objetivos, cual es: “la Justicia social”. Otros en cambio, optan simplemente por una posición más directa y frontal como es el caso de mencionar a Galain (2016), para quien, “la búsqueda de la justicia, en su sentido tradicional, es algo que se debe abandonar”. Este autor afirma de manera contundente lo siguiente: “hay que romper con el paradigma de la justicia clásica, violenta y coercitiva, que solo busca el rito social del castigo y la exclusión del individuo en lugar de su inclusión”.

Se advierte entonces que en la actualidad muchos autores asumen una defensa férrea del garantismo, desaprueban este instrumento punitivo del Estado, vaticinando su paulatina desaparición, como es el caso también de mencionar a Quiróz (2016), quien a modo de reflexión expresa que “más allá de las exigencias discursivas, la justificación del castigo se hace cada vez más prescindible para la práctica diaria”

Wolfgang (2014), por su parte de manera categórica afirma que en la actualidad “La justicia ha dejado de ser la meta fundamental, y por el contrario parece ser más importante terminar el juicio de una manera aceptable”. Lapidariamente enfatiza el mencionado jurista en referencia a la verdad de los hechos que “para algunos encontrar la aclaración completa de

los hechos ya no es necesariamente la finalidad fundamental del proceso” y termina diciendo que “los Tribunales se conforman finalmente con aceptar un arreglo que con una modesta base logre alcanzar algún tipo de sentencia.”

Como se puede advertir, los garantistas inicialmente procuraron cubrir el vacío que producían estas formas de soluciones compensatorias en el proceso penal acudiendo a un distinto significado de justicia, pero ante este fracaso, se optó simplemente por negar esa finalidad.

Así mismo, dado que la justicia está indisolublemente ligada a la “verdad de los hechos”, se terminó también desechando éste interés como objetivo del proceso penal, muestra de ello es la afirmación que hacen algunos autores nacionales como Burgos (2009), quien en un trabajo de investigación sobre los principios del nuevo código procesal penal señaló lo siguiente: “ Consideramos que en el nuevo proceso penal ya no debemos referirnos a ninguna clase de verdad , máxime, si gracias a las nuevas salidas alternativas que adopta el nuevo sistema solo hablamos de aprobar o no un acuerdo negociado entre las partes.

El mencionado autor, al igual que otros que se califican de garantistas, la averiguación de la verdad no es posible en un sistema de principios y garantías que se reconocen en los sujetos procesales, concluye por ello, que son las mismas partes las que alcanzan información al juez sobre los hechos debatidos y éste basa su fallo conforme a esos datos que pueden coincidir o no con la realidad.

Bajo dicha concepción el Juez en el nuevo sistema penal debería abandonar su función de averiguación de la verdad, y en su lugar limitarse a escuchar a las partes, El fin del proceso sería entonces; “El lograr el convencimiento del Juez”, sin importar si la decisión resulte justa o nó desde el punto de vista material.

Los otros mecanismos de simplificación procesal como son la terminación anticipada y la conclusión anticipada del juicio oral, de cierto modo también muestran esa dolencia, en tanto que, si bien contribuyen en la celeridad del proceso, en cambio impiden el conocimiento de la verdad, toda vez que el proceso concluye con la sola aceptación de los cargos que hace el inculpado o el acuerdo a que arriba con el ministerio público sobre la sanción penal.

Advertimos entonces, que nuestro ordenamiento penal viene incorporando nuevas instituciones de corte minimalista que se si bien aportan en la eficiencia, alejan de manera sutil algunos principios básicos del derecho penal, sin dejar de mencionar que término “Justicia” prácticamente ha sido suprimido y en su lugar solo se lee: “paz social”, “seguridad social”, “orden” o “armonía social”, invitando con ello a la promoción de estos nuevos mecanismos de negociación y de consenso .

Bustamante (2001), es uno de los autores nacionales que manifiesta su desacuerdo con estos mecanismos de solución por considerarlos distante con el valor de Justicia, y puntualiza que “Si la justicia es uno de los valore superiores del ordenamiento jurídico político no debería d extrañar que su eficacia alcance a todo tipo de proceso”.

Considera, así mismo, que se ha incurrido al concebir al proceso de manera completamente autónoma, alejados de los vínculos del derecho sustancial y divorciándolo cada vez más de la justicia como su finalidad social.

Refiere, igualmente, que el proceso justo no solo debe ser comprendido en su desarrollo sino también en su conclusión, Vale decir no solo respetando las formalidades sino también atendiendo las otras exigencias del valor justicia, y para ello se debe estar encaminado a la búsqueda de la verdad en el caso concreto, puesto que dicha verdad resulta relevante y decisivo para la justa solución de la causa.

En la filosofía se distingue varias formas de justicia, y conforme a la opinión de Orazio Ramunni estas diferenciaciones se reducen básicamente a dos, la denominada

“distributiva” que ordena dar a cada cual lo que le corresponde, y la llamada “conmutativa” que busca la realización de una acción por otra equivalente. Resacens (1961) en cambio, considera que la justicia conmutativa es una de las manifestaciones de la justicia restaurativa la cual estaría destinada a a las acciones voluntarias de intercambio como sucede con los contratos, en tanto que la otra forma de justicia correctiva sería la denominada justicia judicial, la cual es aplicada a las violaciones de las normas, y en éste último caso, se exige que haya equiparidad entre el daño ocasionado y la reparación, como también entre el delito cometido y la pena que se impone.

De estas definiciones se desprende que la justicia penal se corresponde propiamente con la definición de “justicia conmutativa”, y si bien se dentro del proceso penal se abarca también a la compensación o restitución, ello obedece a los principios de acumulación a efectos de no someter nuevamente a los afectados a trascurrir por un nuevo juicio para obtener la reparación del daño, pero fundamentalmente lo que se persigue en la vía penal es la imposición de una sanción como reproche por la conducta ilícita incurrida. La justicia conmutativa comprende entonces al castigo por que se le denomina también “justicia correctiva”

Cabría acotar además de que la misma corte suprema ha dejado sentado con claridad de que la pretensión resarcitoria propuesta conjuntamente con la pena por parte del Ministerio Público o por la parte perjudicada, obedece únicamente a un principio de economía procesal, mas no así porque se considere que la indemnización tenga su fundamento en la pena.

No se discute de que el derecho tiende conservar la paz y el orden social, pero ello en modo alguno significa desconocer su finalidad suprema cual es la obtención de la justicia. Sobre ello cabría traer a colación lo señalado por Villalobos (2004), el cual define muy las distintas finalidades que persigue el derecho penal. Dicho autor explica que si bien existen

varios valores del derecho como son el “bien común”, “la seguridad jurídica”, “el orden” y “la paz social”) a los que denomina propiamente “valores instrumentales” precisa que ello no puede suplantar al otro valor mucho más importante como es la “Justicia”. Indica el referido magistrado que “ la Justicia se erige y como el máximo valor que no solo justifica el sistema jurídico, sino que es la guía de todos los fines del derecho”.

Merece aclararse entonces, que la “paz social” por sí sola no puede ser entendido como el fundamento del derecho penal, ésta más bien debe ser concebida como una “paz social en justicia”, y esta a su vez solo puede ser obtenida a decir de Bustamante (2001), cuando la justicia que se brinde sea efectiva, oportuna y justa.

Las nuevas tendencias que hoy acoge nuestro derecho penal de mínima intervención, (minimalista) contradicen este ideal de justicia y terminan satanizando la sanción penal a la cual califican de inútil, contraproducente e irrazonable, propia de un Estado autoritario e inquisitivo contrario a los fines que persigue un Estado Democrático de Derecho donde se respetan las garantías y se limita la intervención punitiva, y por ello se vuelven a la compensación otorgándole carácter sancionatorio, cuando realmente dista mucho de ser así,

Enfatizamos por ende que responder al delito con medidas de resarcimiento no son propias del campo penal”, como tampoco el referirse a la justicia distributiva, cuando verdaderamente la que se corresponde con ésta rama del derecho, es la justicia correctiva en su connotación de justicia judicial, y aquí si debemos considerar a la sanción con las funciones preventivas de evitar delitos ulteriores. Las sentencias penales siempre producen un impacto en la sociedad, y como lo refiere el Gálvez (2011), “a través de ellas se emiten mensajes de protección sobre los bienes jurídicos como también como una forma de control de las conductas desviadas”.

El resarcimiento por sí solo no cumple cabalmente con ésta importante función de la pena, Si bien es cierto que la función preventiva del derecho también se manifiesta en otras ramas como en el civil y lo administrativo, ninguna de ellas resultan directas y significativas como la sanción penal, y esto es así porque precisamente el hecho de que determinada conducta se encuentra tipificada como delito ya demuestra que las otras ramas no han podido controlarla, y en cuanto a la obtención de la paz social que continuamente se invoca, merece precisarse que tal como lo refieren algunos autores, esta paz solo es verdaderamente restablecida cuando además de hacerle justicia a la víctima también se hace justicia en el autor, y esto es así porque en la justicia penal no solo subsiste el interés particular representado por la víctima, sino también un interés colectivo, que se manifiesta en la sociedad.

Ahora bien, no se trata de negar, por otro lado, la importancia de la seguridad y bienestar social como valores que también persigue el derecho. Es más, el mismo Recasens (1961) así lo reconoce al señalar que la realización de dichos valores a los que llama inferiores son condiciones ineludibles para que se pueda dar una organización relativamente justa, no obstante, reitera que “dichos valores (paz, armonía, seguridad y bien común), “tienen unas jerarquías axiológicas en rango inferior a la justicia”, lógicamente es posible que se den situaciones excepcionales donde no se hace necesario la imposición de una sanción, pero esto no quiere decir que reneguemos de éste instrumento punitivo al punto que proclamemos su abolición cuando en realidad no contamos con otro medio más adecuado y efectivo para la protección de nuestros bienes jurídicos.

Todos quisiéramos que el respeto a las normas jurídicas no se dé por temor al castigo sino por la concientización de los valores, pero esto es solo un ideal que difícilmente conjuga con la realidad. Sobre esto debemos recordar las palabras de Recasens (1961) cuando dice: “Que bello sería que los hombres obrasen al impulso de la caridad y del amor y no por la

intimidación jurídica, ..., pero como no se puede garantizar que haya siempre la caridad y el amor, precisamente por eso se establece el derecho”.

Desde un plano de la lógica como de la experiencia, difícilmente se puede admitir como lo pretenden los garantistas, que, para el delincuente, la posibilidad de afrontar un pago o la devolución del bien sustraído, produce mayor disuasión que el riesgo a ser capturado enjuiciado y encarcelado.

No les falta razón a quienes dudan de la resocialización de las cárceles, y compartimos con ellos su escepticismo, pero, aun así, con todas esas falencias que tiene nuestra cárcel, aun así, la razón dicta que las sanciones aún sean de poca o mediana duración resultan más efectivas que éstas formas de soluciones alternativas, donde el trasgresor tiene mucho por ganar y muy poco por perder (el ladrón solo tendría que regresar el bien en caso de ser descubierto).

Gálves (2016), comentando estas concepciones de la reparación civil como formas de sanción penal ha señalado tajantemente lo siguiente: “debería descartarse de manera categórica el intento de atribuirle funciones punitivas a la responsabilidad civil. Con este criterio de política criminal se pretende reemplazar a las reacciones del derecho penal con perspectivas del derecho civil”. El mencionado magistrado, enfatiza, además, que “al criminalizarse ciertas conductas es porque precisamente las otras ramas distintas al derecho penal como son la civil o administrativa han resultado insuficiente, y por tal razón se ha tenido que recurrir a la medida más idónea y eficiente, por lo que en este caso la reacción penal resulta preeminente”.

Nosotros coincidimos plenamente con ello, puesto que, si las formas de reparación que son propias del campo civil no han sido suficientes, resulta un contrasentido que ya habiéndose criminalizado estas conductas se pretenda ahora resolverlas con las mismas formas y modos que mostraron el fracaso.

Agrega, así mismo, el mencionado jurista que “hay autores que han considerado que en sede penal el resarcimiento del daño proveniente del delito constituye una sanción jurídico penal. Esta posición a la fecha y aun cuando es tomada en cuenta para efectos expositivos, ya no resulta sostenible, pues creemos que las diferencias evidentes que existen entre la pena y la reparación civil impiden considerar a la reparación como pena ya que no se advierte con claridad cómo es que la reparación cumpliría una finalidad propia de la pena”. (Gálvez, 2016).

Por último, se remite a las palabras del destacado jurista alemán Roxin (2015), para indicar que éste último considera que “partiendo del punto de vista de las teorías preventivas, se puede hacer valer que el efecto preventivo es igual a cero”.

Se dice que entonces que bajo esta concepción se estaría aniquilando la prevención general y especial, porque significa una invitación al agente a continuar en el delito.

Bustamante (2001) es otro de los autores que se pronuncia en contra de estos medios de solución, por considerar que “dichos mecanismos se distancian del valor de “Justicia” que paradójicamente constituye su fin y fundamento”. Agrega, igualmente, que “la justicia como valor superior debe inspirar y dirigir la aplicación de normas sustanciales como también procesales”.

Afirma, así mismo, que: “Existe cierta concepción deformada del debido proceso que lo desvincula de la satisfacción de un ideal de justicia, incluso no incorpora la exigencia (es decir la obligatoriedad) de que las decisiones que se emitan en un proceso o procedimiento sean objetiva y materialmente justas”.

El magistrado supremo y catedrático Castro (2016) es enfático al señalar que “la meta del proceso penal en un Estado Constitucional no puede ser otra que la búsqueda de la verdad material”. Se desprende con claridad entonces, de que no basta de que el proceso sea justo en cuanto se respete el procedimiento, para afirmar que se ajusta a este ideal, sino que es

indispensable que además de ello la decisión final que recae en ese proceso debe ser sea justa. Por último, concluye diciendo que “si de verdad queremos una sociedad más justa y reconciliada debemos abandonar esta concepción deformada del debido proceso”.

Reynaldo Bustamante Alarcón (2015), citando a Calamandrei, nos resume su posición con el siguiente pensamiento; “Hoy en día se nos ha enseñado a través de bellísimas teorías que la acción no sirve para darle la razón a quien la tiene, ni para el que busca justicia, sino simplemente sirve para obtener una sentencia cualquiera que sea”.

Nos explica el referido autor, que hoy en día se da un divorcio entre la ciencia del proceso y los fines prácticos de justicia y que se han expuestos posturas tan contradictorias que han llevado a algunos autores a sostener que “La justicia es un ideal irracional”.

Dado que las sentencias justas están indisolublemente ligadas a la verdad material de los hechos, el mencionado jurista italiano considera que esta labor de no puede estar supeditada a las partes sino que debe responder a los poderes del juez, el cual debe ser ejercido con prudencia, precisando además que “la conducción meramente mecánica, formalista o ritualista del proceso impide la obtención de la verdad objetiva” (Bustamante, 2001).

García (2008), es partidario de una criminología moderna, y por consiguiente defensor de un derecho penal mínimo, y como bien se sabe según dicha concepción, las penas privativas de libertad solo deberían aplicarse a una minoría que cometan delitos graves, sin embargo, aún así, el mencionado autor se distancia de estas formas de solución, manifestando que “esta clase de negociación concibe el crimen como si fuera una cuestión doméstica, toda vez, que lo reduce a un conflicto privado prescindiendo del sistema cuyo fundamento es el monopolio que tiene el Estado para resolver los problemas delictivos. Por esa razón, los llama “ladrones del conflicto”.

Afirma el mencionado autor de manera categórica que “estos arreglos implican una lamentable regresión anacrónica y peligrosa a lo que se le conocía como “justicia aldeana”, las mismas que además según su propia expresión resultan ingenuas, utópicas y de imprevisibles consecuencias antigarantistas.

Recalca, así mismo, que el delito es un problema que involucra necesariamente al delincuente, como a la víctima, pero además de ellos a la sociedad. Propone consecuentemente que para que se den resarcimientos también a favor de la comunidad como sería los trabajos comunitarios. (Aunque no lo explica con claridad sobre el carácter que tendrían estos servicios, ha de entenderse que estos trabajos serían impuestos como condena, tal como nuestro código penal así lo contiene) habida cuenta que resulta imprescindible comprometer a la propia comunidad en la respuesta al delito.

Ha de precisarse, así mismo, que el referido jurista se declara contrario a las posiciones abolicionistas del derecho penal por ser poco realistas y aunque propugna su restricción por su elevado costo social, considera que aún no es posible deshacernos de este instrumento. De igual manera, refiere que investigaciones llevadas a cabo sobre la efectividad del castigo, habrían demostrado que el mecanismo disuasorio es muy complejo porque no depende solo de la severidad de las penas, sino de la concurrencia de otras variables, como es la falibilidad (Grado de probabilidad de la sanción), inmediatez (prontitud en que impone) y Rigor nominal (gravedad y contenido del castigo).

En síntesis, si bien destacado jurista es partidario de un derecho penal subsidiario, aun así, reconoce los efectos que contiene intrínsecamente toda sanción y de que él denomina “efectos contra motivadores”.

Contamos con más de doce años de haberse puesto en vigencia el nuevo código procesal penal y todavía se sigue culpando al antiguo código la ineficiencia de la administración de justicia, y hasta ahora se sigue preconizando la celeridad que se obtendría

con éste modelo garantista cuando en verdad poco hemos avanzado en la celeridad y en la obtención de una justicia pronta (a pesar que con éste modelo, a diferencia del anterior, si se cuenta con los mecanismos de simplificación), y hasta ahora se sigue invocando el término de “ inquisitivo” a todo intento de hallar la verdad material, asimilándolo a la tortura, como si se ambos términos fueran sinónimos, cuando en realidad nadie propone que ésta sea hallada” a toda costa”. El término inquisitivo es impuesto entonces a todo aquel que se decanta por el conocimiento de la verdad en el proceso, y con ello se le expone a la desacreditación y rechazo de los demás.

Lo cierto es que en buena medida el excesivo garantismo ha contribuido de manera importante en la lentitud y la inoperancia de la administración de justicia porque está revestido de formalismo extremos que favorecen a la proliferación de nulidades, Un ejemplo de ello es la excesiva rigurosa que se impone sobre la imputación, (imputación necesaria), reclamándose que ésta sea minuciosa, específica, detallada y exacta de los hechos, de tal manera que cualquier omisión o falta de precisión resultaría inválida.. Esta concepción avalada por el mismo tribunal Constitucional en un inicio conllevó a que algunos procesos fueses declarados nulos y se retrotrayeran hasta las etapas iniciales de la investigación, Posteriormente como ya lo hemos indicado, el mismo tribunal modificó su criterio al señalar que no era indispensable que las imputaciones sean exhaustivas, sino que bastaba con una descripción clara de los hechos. La posición inicial asumida por el Tribunal no solo retrasó muchos procesos, sino que también atiborró al mismo tribunal de acciones de garantías.

Aludimos tal situación, porque queremos recalcar que una buena administración de justicia demanda una flexibilización de intereses (eficiencia y garantismo) y por consiguiente no pueden gozar de aceptación algunos términos absolutos como “respeto irrestricto” o “ máxima aplicación”, que en lugar de aproximar dichos intereses, por el contrario los hace

indisolubles, y como bien lo muestra la realidad, al final siempre se termina por desechar por completa a la eficiencia en favor de las unas garantías absolutas del inculpado. Lo irónico de todo ello, es que toda referencia o exposición en defensa de esta postura extrema, concluye con una referencia a la necesidad de conjugar ambos intereses.

Vemos entonces, que al proceso penal se le priva de la cuota de flexibilidad de garantías para dotarlo de celeridad, pero a su vez se le cuestiona por su lentitud, luego se termina pidiendo su sustitución por otros instrumentos.

Paradójicamente, los garantistas apoyan la aplicación de los mecanismos simplificadores (terminación y la conclusión anticipada) bajo el fundamento que estos medios técnicos coadyudan en la descongestión de los procesos y evitan a su vez al inculpado atravesar el mal momento que le significa el estigmatizante juicio oral.

Sin embargo, contrariamente a lo que se podría suponer, un escenario como el descrito solo conllevaría a que la publicidad de los procesos dejara de ser una de las garantías de la administración de justicia y la sanción penal con sus fines preventivos sería una medida que habría que desterrar. La justicia debería dejar de ser un valor para ser reemplazada sino desechada por otros intereses más prácticos y funcionales. El derecho penal dejaría su connotación pública y en su lugar tendría una naturaleza privatista. La sociedad por su parte no debería interesarse sobre el resultado de los casos, sino contentarse con que estos queden resueltos rápidamente. La atención solo debería centrarse en la forma y no en el fondo de las decisiones judiciales. Tal situación como ha de verse, en modo alguno favorecería a un derecho penal que desea alinearse y ajustarse a un Estado democrático de Derecho, porque precisamente se deja de lado los principios básicos que garantizan la correcta administración de justicia. Aquí bien puede encajar el dicho de que el remedio puede ser peor que enfermedad.

En nuestro medio ya algunos penalistas han dado la voz de alerta sobre el riesgo que representa estos mecanismos simplificadores, como es el caso de mencionar al Peña (2016), el mismo que comentando sus consecuencias negativas refiere lo siguiente: “Se advierte en la actualidad una programación política criminal dirigida únicamente hacia la eficacia alejándose peligrosamente del sistema garantista defendida confesionalmente por el jurista Italiano Ferrajoli. Un sistema penal que abandona las garantías penales del modelo liberal por un sistema orientado hacia los fines y hacia el utilitarismo”. (p. 51).

Otros autores en cambio como Abanto (2014), discrepa de la propuesta del profesor español Silva Sánchez de un derecho penal flexible ante una segunda o tercera vez, porque ello conllevaría al resquebrajamiento de las garantías penales para un grupo de delitos y delincuentes.

Conocida es la ineficiencia que presenta la administración de justicia, como de su descrédito que goza de la población por su lentitud e inoperancia mostrada en muchos casos, y que esta situación no es patrimonio exclusivo de nuestro medio, sino que se presenta también en otros países. Tal preocupación ha obligado a la adopción de estos mecanismos que, en buena cuenta, y hay que reconocerlos, significan un desfogamiento de la inmensa carga procesal que soportan los jueces, pero que como lo hemos indicado también traen otros efectos no tan beneficiosos para el derecho penal.

Nos preguntamos entonces, ¿si al margen de las teorías referidas a su finalidad, se hace necesario el castigo o por el contrario resulta ser un instrumento obsoleto del cual debemos prescindir?

Si bien puede parecer innecesario tal cuestionamiento a razón del abundante desarrollo que ha merecido en la doctrina en el tema de la pena, considero importante referirme a ello, dado que desde la posición garantista se rechaza a la sanción penal, y se

asume como una verdadera aberración aludirse a ella como un “castigo”, pese a que intrínsecamente está presente y contenida en toda sanción penal.

Es claro que no es el fin con que se impone, Es claro igualmente que lo que se procura no es una forma de venganza por el hecho cometido, sino la recuperación del infractor a la sociedad, pero no por ello se debe desconocer el hecho de que siempre va a significar una restricción de derechos para quien lo recibe, de modo que al margen de los fines racionales y humanista con que se maneja su imposición, es innegable que si lo constituye, y que como consecuencia de estas restricciones se generan efectos disuasorios.

Mendizábal (1931) se aparta de estos criterios por considerar que no hay nada que pueda en absoluto quitar la audacia del criminal, pues aún los más atroces suplicios no han evitado la repetición de crímenes análogos.

Nosotros no compartimos dicha opinión, en tanto que, si bien es verdad en cierta medida, que existen personas recalcitrantes, e insensibles al castigo, no podemos negar tampoco que, si bien no se les desaparece por completa la audacia, al menos lo hacen sopesar, y en algunos casos, si pueden producir efectos desalentadores al evaluar los costos y beneficio de su acción.

Sequeiros (2016), en un artículo recientemente publicado en este año, en una revista jurídica, donde expone su discrepancia con la benevolencia que representa la pena suspendida. Señaló lo siguiente:

La sociedad entiende que cualquier conducta indebida necesariamente merecerá una sanción adecuada y razonable proporcional y civilizada y que este conocimiento influya de manera negativa en la determinación delictiva de una persona, solo así será útil una sanción, puesto que, si no tiene esa trascendencia, la significación de la sanción penal no cumple uno de sus principales objetivos. (p. 575).

Siguiendo con esa idea, el Sequeiros (2016) agrega:

“Las corrientes modernas y vigentes respecto de la pena privativa de libertad seguramente estarán mayoritariamente en sentido opuesto al que se plantea en esta evaluación, sin embargo, desde el punto de vista concreto asignado a la necesidad de solucionar problemas y enderezar conceptos sociales errados, es preciso acudir a los resultados, aun cuando los medios puedan resultar en apariencia contrarios a esa corriente moderna (p. 757).

El referido magistrado concluye enfatizando lo siguiente: “Todo comportamiento al margen de la ley tiene que merecer una sanción , caso contrario las sociedades no marcharan bien y en ese caso estaremos ante una farsa , una mentira , un engaño o un fraude del tamaño del Estado , pues muchas personas que infringen la ley y en ocasiones reiteradamente no merecen ninguna sanción , y ese comportamiento de la jurisdicción del Estado está cubierto , legalizado, protegido, fundamentado y además defendido, incluso en ocasiones quienes propician que la sanción sea efectiva son criticados y hasta maltratados”.

Estas expresiones sin lugar a dudas devienen como reacción y desacuerdo sobre la forma evasiva y tímida en que se aborda hoy en día el tema de la sanción penal, por lo general, no se hace referencia al “castigo” como consecuencia de la comisión del delito, y son pocos los autores que lo expresan de manera clara y directa , como es el caso de mencionar al El destacado catedrático Peña (2016), cuando dice que en el proceso penal concurren dos tipos de justicia , una llamada a imponer un castigo y la otra a compensar o reparar el daño causado.

Esta discrepancia se ha hecho más notoria con la reciente ley 30304, emitida por el Congreso de la república en el mes de Febrero del 015, en donde se modifica el artículo 57 del código penal referido a la pena suspendida e impide la aplicación de la pena suspendida para determinados delitos.

La mencionada ley adicionó un último párrafo al artículo 57 con el siguiente tenor: “La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”.

En la exposición de motivos de la mencionada ley, se aludió a la necesidad de combatir la corrupción de manera efectiva. Se expresó la preocupación por la abundancia de penas suspendida a las que consideraban como uno de los factores del incremento de estos graves delitos y se señaló así mismo, que “estas suspensiones de la ejecución de las penas lejos de inhibir estos comportamientos ilícitos, por el contrario, los incentivaban, ya que al funcionario corrupto les resultaba un verdadero negocio, (costos y beneficios de su conducta delictiva)”.

Con esta ley, es ahora obligatorio ahora el internamiento de los funcionarios que incurrir en la comisión de los delitos de peculado y de colusión, dejando de lado las apreciaciones que se hacía anteriormente sobre su condición de ser personas cultas e instruidas y que gozaban de un alto nivel social y familiar, del cual según los criterios del juzgador hacía innecesario e injustificado el sometimiento a programas de resocialización. Las autoridades entienden, que no basta con solo hecho de ser condenados para prevenir la comisión de delitos, sino que se hace imprescindible que la sanción se ejecute.

De seguro que ésta ley no merecerá la aprobación de los sectores garantista que abogan por una menor intervención punitiva del estado y que consideran contraproducente la aplicación de penas efectivas de corta duración a las que califican de inútiles y contraproducentes por cuanto no permitiría realmente la resocialización debido al poco tiempo que se cuenta para realizar el tratamiento penitenciario, entendiéndose más bien que lejos de obtener la rehabilitación por el contrario genera la disocialización y la contaminación del condenado. Sin embargo, no se puede negar que hoy en día existe la

obligación de imponer penas efectivas para estos delitos aún se trate de penas menores de cuatro años, y no ha de sorprendernos que con el transcurrir del tiempo se extienda esta restricción a otros ilícitos.

Estos comentarios antes aludidos nos llevan necesariamente a la reflexión sobre lo que significa el castigo, vale decir no solo la imposición de una medida de carácter resarcitoria o reeducativa, sino que mantenga y se efectivice además su naturaleza aflictiva.

Es del caso además precisar que los efectos desfavorables para el trasgresor no se dan únicamente en cuanto a la limitación de algunos derechos, sino que además esta afectación se manifiesta en una desaprobación de la sociedad. La sanción penal entonces también tiene efectos morales, y esta situación desagradable para el sujeto también actúa como instrumento de inhibición frente al acto delictivo. Como bien lo recuerdan algunos autores “Cuando se prescinde de la sanción, la conciencia de solidaridad entre hombre y sociedad se debilita. No se recomponen ni se fortalecen los hábitos de solidaridad”. Es cierto que, para la víctima, la sanción penal satisface las ansias de justicia, pero desde el campo social y político, la sanción también tiene relación con los códigos morales de la comunidad.

La razón por la cual no se hace alusión al castigo cuando se habla de la sanción penal obedece a que se nos ha atosigado tanto de las nuevas corrientes garantistas y su manifiesta repulsión a las sanciones, en especial a las que significan un internamiento, que cuesta referirse a este concepto (aflictivo) sin parecer retribucionista, pero lo cierto es que toda sanción lleva implícitamente una afectación para el autor, pero pese a todo ello, los garantistas siguen considerando a la sanción penal como una medida fútil y en donde se dice “disuasión” ellos simplemente lo llaman “venganza”.

Franklin y Gordon (1973), en su libro titulado “La utilidad de castigo” nos recuerda el escepticismo que todavía subsiste sobre esta tesis, habida cuenta que la realidad indicaría que el miedo al castigo no reprimiría las conductas delictivas, poniendo como ejemplo a

favor de los que discrepan con esta teoría de la disuasión, el fracaso del control de las bebidas alcohólicas en Estados Unidos durante los años de 1920, o la represión al tráfico de drogas que no se ha podido frenar hasta la actualidad y que más bien parece ir en aumento, se dice por ello, que la amenaza al castigo puede tener un efecto contrario ya que en lugar de amenguarla podría produciría más de la misma conducta.

No obstante, los mencionados autores admiten la natural manifestación del ser humano ante la existencia de un mal futuro, al indicar que “La simple observación hace saber que el hombre busca evitar las consecuencias desagradables y que la amenaza tiende a disuadir”

Agregan luego con mucha razón, que “si los mandatos de un sistema legal no estuvieran reforzados con la amenaza del castigo, muchos individuos no verían base alguna para creer en el sistema legal”. Tengamos presente entonces, que la sociedad siempre está involucrada en todo hecho delictivo y por ello no les falta razón a los referidos autores alemanes Zinring y Hawkins (1973), al decir: “Cuando alguien escapa de la justicia, todos los miembros de la comunidad sienten que han sido agraviados”.

Por otro lado, destacan los mencionados autores de que “no todas las prohibiciones penales son eficaces, y por ello es importante saber si esa medida en particular produjo beneficios que justificara su costo, y porque esa medida particular pudo haber tenido resultados diferentes a las de otras amenazas en otras áreas, dado que siempre será posible argumentar que alguna amenaza imaginable pudo haber sido más eficaz”.

No se trata, entonces, de imponer castigos severos como una solución a todos los delitos sin respetar los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, con el solo propósito de transmitir temor, sino e se cumplan las sanciones, porque la experiencia indica que más que la severidad de las mismas, lo que realmente disuade es su concretización.

Ahora bien, es innegable que, frente a la amenaza legal, no todos respondemos del mismo modo, ya que existen aquellos que no resultan menos sensibles a la advertencia punitiva, y en estos casos, con mayor razón se fomentará la desobediencia a la ley cuando la sentencia no se concreta.

Los sectores garantistas ven en la sanción penal, la imposición de un mal sobre otro mal ya existente, y según su concepción lejos de resolver el problema por el contrario lo único que se consigue es incrementarlo. (En lugar de un solo mal producido en la víctima del delito, ahora existe otro mal que consiste en la aflicción que se aplica al autor). Cualquier demanda de justicia es calificada de manera automática de retribucionista y absolutista propias de las épocas antiguas ya superadas en la historia del derecho, y por eso son partidarios de limitar cada vez más su aplicación.

Debemos reconocer que existe consenso de que en los fenómenos delictivos intervienen distintos factores, y por ésta misma razón no pueden ser resueltas únicamente con leyes, empero ello no quiere decir que le neguemos su importancia al punto de afirmar que la punición carece de sentido. No somos partidarios de la ideología del control oficial del delito, pero tampoco desconocemos los efectos preventivos generales que ellas conllevan.

La realidad nos muestra que las estrategias de prevención resultan costosas y difíciles de practicar en cuanto demandan una transformación de la sociedad misma, en sus aspectos culturales como también en la disminución del índice de pobreza o de marginalidad, y en tanto ello no ocurra, no podemos no podemos permanecer a la espera de que se produzcan estos cambios mientras soportamos con resignación los ataques a nuestros bienes jurídicos. Por eso con mucha razón se dice que recurrimos a las sanciones porque no existe alternativa.

Ponemos en claro no obstante, que existen situaciones excepcionales que pueden justificar la del aplicación de mecanismo alternativos, y con ello la judicialización como l aplicación de una sanción, fundamentalmente por la mínima afectación del bien jurídico u

otra circunstancia que haga innecesaria la aplicación de una pena, pero estos casos, deben ser vistos como una circunstancia especial, mas no así a la inversa como pretenden los garantistas a ultranza que censuran en sí a la sanción penal.

Ahora bien, no podemos pasar por alto de que la imposición de una sanción con fines de disuasión se encuentra hoy en día cuestionada en tanto se le estaría instrumentalizando al individuo para desatentar el comportamiento delictivo de otros con lo que se estaría contrariando la tesis de Kant de que “el hombre debe ser tratado siempre como un fin en sí mismo y no como un medio”.

Sin embargo ha de rescatarse lo señalado por Hart como de Andenaes, quienes han reinterpretado a Kant, diciendo de que lo que expresaba dicho filósofo alemán no era que el hombre no podía ser visto como un medio en ningún caso, sino que solo se le afectaba su dignidad cuando se le consideraba siempre como un medio y nunca como un fin .

Dicha expresión sería debería ser entendida entonces de la siguiente manera: “el hombre debe ser tratado como fin en sí mismo y no solo como medio para otro fin”.

En otras palabras, Kant no habría dicho que no tratemos nunca al hombre como medio, sino que no debería ser tratado solo y únicamente de esa manera, puesto está justificado requerir sacrificios de algunos hombres para el bien de otros dentro de un Estado social donde también se le reconozca sus derechos.

Se sustenta esta interpretación en tanto subsisten casos en la realidad que si justifican razonablemente tratar a determinadas personas con el fin de proteger o favorecer al resto de la sociedad. Se propone como ejemplo: “la conscripción militar”, que obedece a la necesidad de defender la comunidad, “las Cuarentenas”, que evitan la propagación de las epidemias al resto de las personas sanas, “la reclusión de enfermos mentales peligrosos”, para salvaguardar la integridad física de las demás, entre otras situaciones igualmente entendibles .

No es del todo correcto afirmar entonces, que en ningún caso podría darse esa situación de que el hombre pueda ser tratado como un medio, porque pueden darse situaciones dramáticas y límites en donde se debe decidir por evitar un mal mucho más grave.

En nuestro medio, el profesor en filosofía Pérez (1991), haciendo referencia a Peter Knauer, señala que “no toda acción de la que se sigue un efecto malo, puede ser considerarse como una acción moralmente mala”, y que para que ésta sea calificada como tal, debería transgredirse lo que él denomina la “razón proporcionada” Agrega así mismo, que en ocasiones no es posible hacer el bien, sino solo escoger entre dos males, y en estos casos, la obligación ética es la de escoger el mal menor.

Precisa, así mismo, el mencionado catedrático, que éste “doble efecto” ocurre cuando se da un auténtico conflicto de valores, y donde la moral invita a sacrificar lo que después de una atenta reflexión se consideren de menor importancia, para ello recomienda evaluar todas las circunstancias y los efectos de la acción para tratar de evitar el mayor número de males posibles.

Según su concepción, el principio de “doble efecto” nos permite responder a las preguntas de; ¿cuándo es moralmente malo y cuando no, permitir o causar un efecto malo?. y para esto, es importante verificar la concurrencia de ciertas condiciones, entre ellas; que el efecto malo no debe buscarse como fin y que exista una razón proporcionalmente grave para permitir el mal efecto.

Entiende, a su vez, que en ocasiones el bien y el mal se encuentran mezclados, y, además, frecuentemente una ganancia en un aspecto implica una pérdida en otro, y por ello cuando se presenta estas situaciones se debe verificar las concurrencias de dichas condiciones para entender si determinada acción puede ser calificada de buena o mala.

Esta referencia no tiene como finalidad abogar por una tesis puramente retribucionistas, sino de resaltar que, en cuanto a la pena, subsisten aún ciertas concepciones

que se encuentran en constante revisión, y por consiguiente no es correcto afirmar de manera categórica que ya se encuentran desterradas.

García (2008), refiriéndose a Hirschi, con su teoría del arraigo social, (sobre el cual según esta corriente el individuo se contiene ante el delito por el miedo al daño irreparable que pudiera ocasionarle en sus relaciones interpersonales), afirma que “dicha teoría hoy en día sigue despertando interés, pese a los reparos a sus técnicas metodológicas de comprobación”.

Abanto (2014), también es coincidente con esta concepción al señalar que “Debe reconocerse que no todo es negativo en la teoría de la retribución, si bien es criticable que una sociedad moderna tenga que recurrir a la venganza para lograr la armonía social, el “antiutilitarismo” que predica esta teoría tiene un trasfondo humanista que sigue teniendo eco aún hoy en día, aunque de forma menos radical y en otro contexto”.

Bernardo Feijóo (2002), por su parte al comentar las diversas posiciones sobre las penas, y pese discrepar abiertamente de “coacción psicológica” de Feuerbach, refiere que dicha tesis basada en la prevención intimidatoria sigue siendo de referencia hoy en día.

Por otro lado, la Corte Suprema- Sala Penal Permanente en la R.N. N° 1689- 2012- Ica, ha señalado que: “En la actualidad aun cuando han pasado más de dos milenios, la referida reflexión (diálogos de platón) se encuentra plasmada en los pilares que sirven de fundamento de la pena a los ordenamientos jurídicos”.

En esta ejecutoria recaída recientemente en el año 2014, se hace referencia a la reflexión del filósofo griego Platón sobre la sanción penal, en la que se dice que “se castiga no por el injusto ya cometido porque ya no es posible que lo que ya ha sucedido deje de suceder, sino por las faltas que puedan sobrevenir, para que no reincida el propio autor ni los otros que observan como es castigado”.

En realidad, lo que no se puede admitir en la actualidad, es el hecho de que la sanción sea impuesta exclusivamente con una finalidad intimidatoria. Nadie reclamaría hoy en día la imposición de sentencias severas y ejemplares con el único propósito de desalentar futuras conductas delictivas ya que ello conllevaría a elevar las penas con fines puramente preventivos generales, y en estos casos si se produciría una injusticia al imponerse un plus punitivo por encima de la sanción que correspondería al hecho cometido, y si bien debe darse cabida a los criterios políticos criminales estos no deben desconocerse el principio de la proporcionalidad con el injusto cometido. Como bien lo apunta el jurista español Crespo (2008); “Es posible rebajar el monto de la sanción por fines políticos criminales, (prevención general y especial) mas no así para incrementarla” (p. 38). Sin embargo, ello no puede ser confundido con el reconocimiento que se hace de este componente (intimidación) que implícitamente está contenido en toda sanción.

El catedrático español Sánchez (2014), reafirma esta idea cuando afirma que “no se puede negar que la pena de alguna manera y en algunos casos intimida, agrega, no obstante, que “sin embargo, no es posible construir normativamente el sentido de la pena estatal a través de una concepción de esas características”.

Decimos entonces, que por más que intentemos negarlo, es una verdad irrefutable de que la sanción penal, por su carácter de ser pública, despierta el interés general , y como consecuencia de ello produce un efectos sobre los demás, (mensaje disuasorio) y a su vez, al tratarse de una restricción de derecho, produce aflicción en el sujeto que lo padece, de tal manera que por más que nos resistamos a reconocerlo; “la sanción siempre contendrá componentes retributivo y a su vez produce efectos disuasivos”.

Hoy en día igualmente, a diferencia de antes, ya no se admite de manera unánime de que la tesis “retribucionista” contrariamente a la “utilitarista” sea una concepción puramente absoluta de la pena, es decir, que no persiga fin alguno o que se agota solo con el castigo,

porque como bien lo reconoce ahora un sector de la doctrina, a través del castigo también se busca la paz y el orden social, es decir que también cuenta con una finalidad.

Sobre ello, cabría mencionar a Abanto (2014) quien nos dice que es posible conjugar ambos términos de prevención general y especial en el sentido de una prevención a través de una retribución apropiada, toda vez, que “los que exigen la retribución también buscan una finalidad.” La justicia”, con miras a preservar la paz social”.

Precisa el mencionado penalista peruano, que “las investigaciones empíricas parecen confirmar los presupuestos de ambas teorías, la necesidad del ser humano social de regirse por normas, que estas sean respetadas, y que en caso de infracción el infractor sufra sus consecuencias, (sentido de justicia)” (Abanto, 2014, p. 67).

Por último puntualiza el reconocido penalista nacional, que “En actualidad casi no se observan diferencias decisivas entre la prevención general positiva enriquecida con la retribución, y la retribución que reconoce finalidades preventivas, las cuales además pueden converger armoniosamente dentro de una teoría de la unión como la propuesta por Roxin”.

Para el jurista español Mendizabal (1931), “si la pena no tuviera ningún carácter aflictivo, entonces los criminales se burlarían y aun así fueran descubiertos y penados no podría ser desalentados”. Aclara no obstante el mencionado autor, de que no debe dejar de observarse por ello, de que la pena sea adecuada para producir la enmienda del reo.

Lorenzo Morillas Cueva nos dice que a pesar de que la pena es una empírica realidad constante en la historia de los seres humanos, no faltan autores que con argumentos más filosóficos que jurídicos niegan cualquier tipo de sanción a la cual consideran inútiles injustas y perjudiciales, pero que estos argumentos son en realidad idealistas y utópicos.

Para el mencionado autor los efectos intimidatorios son propios de la prevención general que toda sanción exige, y desde su punto de vista no existe el dilema ente prevención

y retribución en cuanto que toda sanción sea aflictiva o retributiva tiene también una función de prevención.

Morillas (2004). considera por ello que las predicciones abolicionistas de la pena han fracasado por sus propios errores, señalando que “a todos nos gustaría tener otra forma de sociedad con otros parámetros de solidaridad, de igualdad, y de respeto mutuo en lo que no fuera indispensable privar de la libertad a nadie porque todos se respetarían entre sí, pero la realidad es otra”.

Reiteramos no obstante, que el reconocimiento, de los efectos preventivos generales de la pena no significa de ningún modo asumir concepciones puramente absolutistas, o retribucionista, porque independientemente de los fines que buscan la reincorporación del penado a la sociedad, existe a su vez la necesidad de proporcionar a la sociedad un clima de seguridad en donde las personas puedan ejercer plenamente sus derechos. No hay que, y que olvidar que el mismo código penal en su artículo noveno del título preliminar establece expresamente que la finalidad de la pena no es sola resocializadora, sino también protectora y “preventiva”.

Es cierto, que la posición más aceptada en la actualidad está orientada hacia la prevención general positiva, es decir, a una prevención no intimidatoria, sin embargo, debe reconocerse que un buen sector de la doctrina adopta hoy en día la “tesis de la unión”, propuesta por Roxin, donde la sanción penal mantiene signos de prevención general negativa en su conminación legal abstracta, como también retributivos en el momento de su imposición en cuando limita los fines preventivos para que estos no puedan sobrepasar la correspondencia de la pena con la culpabilidad, de tal manera que el debate se sigue centrando en este tema y no se puede decir todavía que ya hemos encontrado la idea completa y definitiva.

Esto es así, porque como bien hemos venido señalando, la práctica y la experiencia nos vienen mostrando diversos pronunciamientos judiciales en donde los jueces dejan ver su disconformidad con las modernas concepciones sobre la pena. Doctrinas que resultan acorde con los principios garantistas, pero que, sin embargo, dejan una sensación de insatisfacción, porque no produce el efecto que se busca. Además esta referimos a los efectos preventivos especiales como el de la esperanzada “resocialización” que la misma que la realidad se encargó de desvelar y demostrar su fracaso.

Dejamos en claro, que el rechazo a las posturas ultragarantistas que se pronuncian por la abolición de la pena privativa de libertad no constituye de ningún modo, una postulación a un derecho penal simbólico, porque como bien lo hemos venido señalando durante el presente trabajo, esto no significa desconocer en absoluto de que el delito no tiene su fuente el derecho penal si no a la sociedad. Más aun así, consideramos que, si bien la sanción penal no resuelve por sí solo el problema, es seguro que su incumplimiento agrava la situación de inseguridad porque lejos de desalentar las conductas criminales por el contrario las incentiva.

No somos de la opinión tampoco de expulsar o desterrar radicalmente todos los mecanismo de simplificación, porque es innegable que en ciertos casos, estas fórmulas se pueden justificar, pero creemos que deban ser extendidos como proponen algunos, al punto de que dejar su carácter excepcional y convertirse más bien en la práctica como la regla general, porque dichos medios sortean algunos principios básicos del mismo derecho penal y se despojan de algún modo del sentido de justicia.

No compartimos, por ende, la idea de algunos autores como Chinchay (2016) de que “el sistema de justicia está hecho para que el 80 %c de los casos que podrían entrar al poder judicial no lo hagan” y que “no es más importante hacer salir las causas rápidamente, sino impedir que entren”, y que en esa línea de pensamiento, las vías alternativas se constituyen como la solución del problema del de la sobrecarga procesal. Por el contrario estamos

convencidos que la mejor manera de enfrentar el problema de la sobrecarga es la agilización de los procesos, pero no obviando las etapas del proceso o soslayando los principios que fundamentan el derecho penal, sino sorteando los formalismos innecesarios, que tienen su origen en el excesivo garantismo.

No negamos con ello, la importancia que también se tiene de reducir el número de nuevos procesos, pero consideramos que la mejor forma de desalentar la aparición de nuevas causas penales es la predictibilidad y seguridad de justicia, es decir, que, ante un ilícito cometido, se logre la captura del trasgresor, su enjuiciamiento y su posterior sentencia, la cual, en caso de ser condenatoria, deberá ejecutarse conforme a la ley. Demás está decir, que junto a esta exigencia debe concurrir cambios estructurales en la sociedad.

Somos de la opinión que un proceso extremadamente garantista es el escenario ideal para los “abogados” que solo buscan entrapar o perturbar su desarrollo mediante recursos maliciosos, deduciendo nulidades de nulidades, al punto de que muchos procesos terminan prescribiéndose, y estas impunidades, favorecen a la aparición de más delitos, dado que los que los perpetran confían en que de ser capturados no serán sancionados.

En este contexto, los jueces deben asumir un rol importante en la conducción de los procesos cortando y sancionando con rigurosidad estas maniobras de los abogados, lo que no sucede en la actualidad por el concepto herrado que asumen algunos jueces de entender que cualquier medida que se tome contra ellos implica una restricción al derecho de defensa, o de lo contrario por el temor de ser quejados.

El excesivo garantismo no solo ha sobredimensionado los derechos del inculgado revistiendo el proceso de abrumadoras garantías, sino que además nos ha traído un juez fundamentalmente “pasivo”, y esta clase de jueces prefieren sobrellevar el proceso con todas sus vicisitudes que se presenten en lugar de reconducirlo, ordenarlo y resolverlo con la prontitud debida.

Hoy en día un Juez estricto, que frene y sancione las actuaciones de mala fe, aunque respetuoso y moderado, es confundido como un juez abusivo e inquisidor, y está expuesto tanto a las quejas de los abogados, como a los posibles procesos administrativos, procesos que son a su vez instruidos por magistrados de concepciones muy garantistas.

Ante este panorama nada alentador, el Juez prefiere guardar un bajo perfil en el desarrollo del proceso para no ser blanco de críticas que pongan en peligro su carrera, más aún, cuando el órgano controlador y ratificador de su permanencia como es el Consejo Nacional de la magistratura recoge y valora la opinión de los colegios de abogados respecto a su desempeño. Pareciera que, con el nuevo modelo garantista, es ahora el Juez y no el inculcado el que se ubica en el centro de la atención o la inminente sanción.

Como bien lo apunta Asencio (2016), “Las garantías extremadas, incluso a veces de mero formalismo están poniendo bajo valores mínimos a un proceso penal ineficaz y favoreciendo la impunidad, máxime cuando el legislador permanece en una pasividad solo explicable desde el interés político” (p. 253).

No hace mucho, eran frecuente encontrarnos con críticas al sistema de justicia por tener una población carcelaria con alto índice de inculcados, Los cuestionamientos venían generalmente del sector garantistas que consideraba totalmente injusta la situación de muchos procesados privados de su libertad sin que se haya demostrado su culpabilidad, más con la dación de la ley N° 1194, promulgada el 30 de agosto del 2015, por el cual se agilizó el trámite del llamado “proceso inmediato”, esta situación dio un giro importante, al conseguirse rápidamente la culminación de los procesos en delitos fragantes, revirtiendo de esta manera la situación, al punto que hoy en día el número de internos inculcados es menor en comparación con los condenados, pero lo curioso de ello, es que los mismos que criticaban la lentitud procesal y la vulneración al principio de presunción de inocencia, son

los que hoy en día acusan de inconveniencia dicha ley, bajo el fundamento de que por medio de ella se estaría llenando rápidamente las cárceles.

El nuevo proceso inmediato, modificado recientemente con el decreto legislativo Nro. 1194, que simplifica y reduce significativamente el tiempo de resolución de los delitos intervenidos en fragancia, es un claro ejemplo de lo que puede conducir un sistema inoperante, al punto que se puede optar por un trámite excesivamente reducido, pero que sin embargo se viene constituyendo como un verdadero instrumento para conseguir la a celeridad en los juicios. En exposición de motivos de la mencionada ley se señaló esta necesidad de establecer mecanismos eficaces para resolver rápidamente los procesos en fragancia.

No obstante, como ya lo venimos advirtiendo este proceso especial ya encuentra detractores y cuestionamientos provenientes del sector garantista que la califican de inconstitucional, por considerarla que afecta la autonomía del Ministerio Público y de vulnerar el derecho de defensa, pero sin ofrecer alternativas viables para resolver el problema de la ineficacia judicial.

La impunidad es también una de las situaciones en que se pone de manifiesto la injusticia, y en ello tiene mucho que ver las actuaciones de los abogados que ven en éste proceso garantista una suerte de festín para plantear una serie de observaciones y así obstruir y dilatar los juicios, con justa razón Peña (2016) dice que “ la sobrecarga de los tribunales de justicia lo único que ha provocado es delación procesal e impunidad pues los procesos duran tiempos infinitos y al final de cuentas los verdaderos culpables se sustraen del ámbito de punición a partir de la tramitación de una serie de articulaciones legales con la consiguiente pérdida de credibilidad social hacia la administración de justicia y la defraudación expectaticia de la víctima.”

Contradicciones como éstas encontramos en ciertos autores que rechazan la intervención punitiva en muchas figuras penales, pero que no ofrecen una adecuada

alternativa a la pena privativa de libertad. La mayoría de ellos, invoca las medidas alternativas como la pena suspendida, la reserva del fallo, la exención de pena, como también a los conocidos acuerdos preparatorios y principio de oportunidad, pero estas medidas como bien se sabe, son aplicables por lo general a delitos leves, y la gran mayoría de delitos que se cometen son considerados graves o muy graves (robos, extorsiones, homicidios, violaciones) y son precisamente los que generan la conmoción social. De modo que la referencia frecuente a estas medidas, no son realmente alternativas de solución.

Con este reconocimiento de la realidad, no estamos promoviendo la política de mano dura, o del endurecimiento del derecho penal, que dicho sea de paso, no es exclusivo de nuestro sino que se presenta en casi todos los países del mundo, lo que se busca con esta reflexión, es el de tomar conciencia de que en tanto no contemos con otro medio más eficaz para enfrentar los delitos graves, no podemos prescindir de la pena, de tal forma que si bien, por una reforma legal, se cuenta hoy en día con un número mayor de condenados que sobrellenen la cárceles, no habrá más remedio que construir otras para que pueda albergar a los nuevos reclusos dentro de un estricto respeto de los derechos humanos.

Ninguna sociedad quisiera tener cárceles, ni personas privadas en su libertad, ni tampoco un derecho penal extensivo, es más, muchos abogan desde ahora por su desaparición, pero la realidad nos dice que es imposible descontar éste medio de control formal, y siendo así, debemos mantener un sistema de justicia predecible, sobre todo desde el punto de vista material, para que transmita la confianza en su población de que sus bienes jurídicos van a ser respetados, y que no se permite la impunidad.

Sobre ello cabría recordar la reflexión que hace el jurista español Asencio (2016) cuando dice que lo siguiente: “Si el proceso es un instrumento de garantía de la paz social, tendente a evitar la autotutela, debe ser capaz él mismo y todos sus elementos de transmitir la

suficiente confianza a los ciudadanos que les impida acudir a otros métodos de solución de litigios”.

Si bien es cierto, como lo afirman algunos autores como Mayta (2016), de que las personas obedecen la ley porque han interiorizado las normas sociales y no por medio al castigo, esto no puede llevarnos a despreciar a la sanción penal, porque independientemente de su menor eficacia en comparación con los controles informales, la pena mantiene aún su importancia, y por ello es que el mencionado autor, pese a expresar su preocupación por la sobre criminalización y sobre punición de algunas conductas, admite que “el castigo sigue siendo necesario” (p. 78).

Sin ir muy lejos, en nuestro medio, el magistrado Supremo Prado (2016) reconoce también el fortalecimiento de las prácticas punitivas, que lejos de aminorarse en la actualidad como se aspira dentro de una concepción garantista, por el contrario, se viene mostrando con mayor acento. Tal situación lo resume con la siguiente reflexión: “Lamentablemente, todo lo expuesto parece indicar que al menos en el futuro inmediato, las políticas públicas contra la criminalidad tendrán la misma orientación en su diseño y contenido. En consecuencia, pues cabe calificar de poco consistente aquellas hipótesis que sin mayor sustento empírico persisten en sostener que el mero mejoramiento aún sensible de los indicadores macroeconómicos o financieros, producirán necesariamente la disminución o abolición del uso excesivo y desproporcionado del “Ius puniendi”.

Merece destacarse que muchos otros juristas, consideran que las políticas de sobre punición tiene su principal causa en las propuestas electorales de los partidos políticos que buscan satisfacer a las demandas de mayor seguridad con endurecimiento de las sanciones penales, y en donde la sensación de inseguridad viene generada por los medios de comunicación que diariamente dan cobertura desmesurada a los hechos criminales, al punto de que producen una sensación de alarma en la población, pero lo cierto es que si bien,

tiene algo de verdad esta afirmación en cuanto que los medios de comunicación si mantienen un alto grado de influencia en la opinión pública, la realidad nos muestra que estas informaciones responden a lo que verdaderamente sucede en las calles.

Consiguientemente, discrepamos con estas posturas que minimizan el fenómeno delictivo y lo reducen únicamente a una suerte de “percepción” o como lo llaman algunos “sensación”, la cual en buena cuenta, vendría a ser una forma distorsionada de ver la realidad, cuando en verdad la ola de delincuencia se viene mostrando significativamente, y esto lo apreciamos no solo por la información que diariamente transmiten los medios de comunicación, sino fundamentalmente por las experiencias en nosotros mismos o en nuestros familiares lo experimentan.

Nadie podrá negar que, en épocas anteriores, no se daban los asaltos en restaurantes, en pleno centro y en medio de la concurrencia de adultos y niños amenazándolos con arma de fuego, para desvalijarlos, e incluso llegando a realizar ajusticiamientos a vista y paciencia de todos los presentes. Nadie podrá negar tampoco que los asesinatos por encargo (sicariato) se ha hecho muy frecuente, como también los robos en los medios de transporte, y rara vez, encontrábamos policías y otras autoridades integrando las organizaciones criminales. Persistir en el argumento de la “falsa percepción” para negar el avance de la criminalidad, y con ello seguir descalificando la intervención del derecho penal, en modo alguno ayuda a encontrar soluciones. Junto a las medidas de control informal que sin duda son las que mejor garantía ofrecen en la lucha contra la delincuencia, deben concurrir necesariamente los controles formales, y con ello una estrategia efectiva de prevención como de represión, empero, las políticas que buscan dotar de mayor eficiencia a la lucha contra el crimen se ven cuestionadas por los sectores garantistas que las califican de atentatorias a los derechos fundamentales, como sucede con las “intervenciones telefónicas” calificadas por algunos como una afectación al derecho a la intimidad” cuando en realidad sin este instrumento no

se podría enfrentar las organizaciones criminales, y menos aún capturar a sus cabecillas, en razón a que estos no intervienen directamente en la ejecución de los delitos y solo se limitan a coordinar y emitir directivas a los que la ejecutan.

Lo mismo puede verse del levantamiento del secreto bancario tan resistido por algunos, y que demanda necesariamente la autorización judicial, pero que sin duda permite encontrar verdaderos indicios de delitos de lavado de dinero u otros delitos afines como es de la corrupción o de narcotráfico. Las estrategias son entonces vitales para descubrir algunos de organización y poder sancionarlos, de tal modo que, si bien implican la restricción de algún derecho, esto se encuentra justificado, porque sin ella no se podría enfrentar exitosamente a estas formas de delincuencia. Nos llama por ello la atención, de que pese a reconocerse la importancia de estos medios de investigación, un sector ultragarantista siga cuestionando su aplicación, como si los derechos no admitiesen limitaciones.

A manera de conclusión debemos decir, que no ganamos nada en negar el carácter aflictivo de la pena, y menos aun intentando reducir el derecho penal a un mero conflicto privado para dejarlo exclusivamente a decisión de las partes o para limitarlo a una sola compensación por el daño producido, tampoco para negar la luz sobre los acontecimientos criminales, relegar al Juez a un plano puramente pasivo, y olvidar a la justicia como la finalidad fundamental del derecho penal. Debemos por ello ser sinceros con nosotros mismos, y admitir que toda sanción contiene ineludiblemente un componente retributivo, y por ello no se está en un error cuando al referirnos a ella usemos también el denominativo de “castigo”.

Consideramos que, como toda corriente moderna, esta nueva forma de concebir a la justicia solamente desde una vertiente eficientista, mantendrá un auge por un determinado tiempo, pero luego con el transcurrir, del tiempo, irá decayendo en tanto vaya aumentando cada vez más la insatisfacción de la sociedad en su demanda de una verdadera justicia.

Si en épocas anteriores se desconocieron los derechos del inculpados y en nombre del Estado se cometieron atrocidades sobre él, hoy en día hemos dado un vuelco total, donde no solo se le reivindicica los derechos al trasgresor, sino que, además, en nombre de éste, se desprecia al Estado. Las posiciones que se han venido asumiendo sobre la justicia han mudado de un extremo al otro de otro, lo cual en modo alguno puede ser beneficioso.

Estamos convencidos de que las concepciones extremadamente garantistas que ven al Estado encarnado en la persona del Juez, al cual hay que mantenerlo completamente alejado y ajeno a la verdad de los hechos, para convertirlo en un mero “controlador de reglas”, ha de ser superado habida cuenta que la legitimidad del sistema se sustenta en la confianza que inspiran los jueces a la comunidad, y ésta espera no solo la resolución rápida de los conflictos sino que dichas decisiones se correspondan en un nivel posible con la verdad, y en cuanto a las sanciones, por más disgustos que cause el algunos, éstas no deben desatender sus fines de prevención general.

III. MÉTODO

3.1 Tipo de investigación

Por el enfoque y naturaleza de la información será cualitativa y cuantitativa. Cualitativa por el significado de los conceptos e instituciones que comprenden las resoluciones judiciales, y cuantitativa por el resultado que se reportan en las encuestas a través de las tablas y diagramas.

3.2 Población y muestra

3.2.1. Población de estudio

300 sentencias.

En cuanto a las encuestas se ha tomado como tamaño de muestra a 00 participantes.

3.2.2. Muestra

La muestra será igual a 100 Resoluciones. Nivel de error permisible: 0,5 (Probabilidad de fracaso). Como criterio para la selección de la muestra, se hizo por elección simple y al azar.

Sobre las encuestas realizadas, igualmente se ha obtenido las opiniones de operadores del derecho (Jueces, Fiscales, abogados).

3.3 Operacionalización de variables

Tabla 1

Cuadro de operacionalización de variables.

Variables	Indicador	Aspectos	Ítems
Variable independiente:	Control Social	Ético	El excesivo garantismo causa lentitud procesal.
Excesivo Garantismo	Legalidad	Jurídico	
	Jurisprudencia	Social	El excesivo garantismo genera perjuicios a la víctima.
		Legal	
		Cultural	El excesivo garantismo origina signos de corrupción.
			Dentro de los efectos perniciosos originados por el excesivo garantismo,
Variable dependiente:	Criminalidad	Económico	principalmente esta la
Efectos Perniciosos.	Impunidad	Social	impunidad.
	Lentitud Procesal	Cultural	Otro perjuicio generado por el excesivo garantismo es la
	Victimización del Delincuente.		pontificación del delito.

3.4 Instrumentos

La recopilación de datos se realizará utilizando las siguientes fuentes:

- Fuentes Primarias (Archivos)
- Fuentes Secundarias (Bibliotecas)
- Fuentes Electrónicas (internet)

- Encuestas mediante talonarios de preguntas a los operadores del derecho relacionadas con las concepciones garantistas y el grado de aprobación sobre el proceso penal.

3.5 Procedimientos

Se ha procedido a revisar archivos tanto en la Corte Superior de Junín como también de la Corte Superior de Lima para analizar algunas sentencias que tengan relación con el presente trabajo.

Igualmente se ha revisado artículos textos (doctrina tanto nacional como extranjera) en donde se desarrolla temas conexos con la presente investigación.

De igual manera se ha logrado obtener información de diversos artículos aparecidos en la internet de diversos autores.

Así mismo se ha obtenido información sobre las posturas doctrinarias garantistas a través del pliego de preguntas contenidos en las encuestas.

3.6 Análisis de datos

El análisis de los datos consiste en primer término en la descripción de los datos y posteriormente a efectuar el análisis estadístico respectivo para relacionar las variables; es decir se realiza un análisis de estadística descriptiva para cada una de las variables y luego describir la relación entre éstas.

El análisis y la interpretación de los datos se realizará utilizando el programa estadístico SPSS; con la estadística descriptiva y la estadística inferencial.

3.7 Consideraciones éticas

Como se ha venido indicando, la concepción ultra garantista se encuentra ligada indefectiblemente con el sentido y fines que se da al proceso penal.

Los valores de "Justicia", "verdad", y "libertad" se encuentra involucrados en el análisis y desarrollo del presente trabajo.

IV. RESULTADOS

A continuación, se realiza el procesamiento de los datos mediante tablas y gráficos, con su correspondiente interpretación.

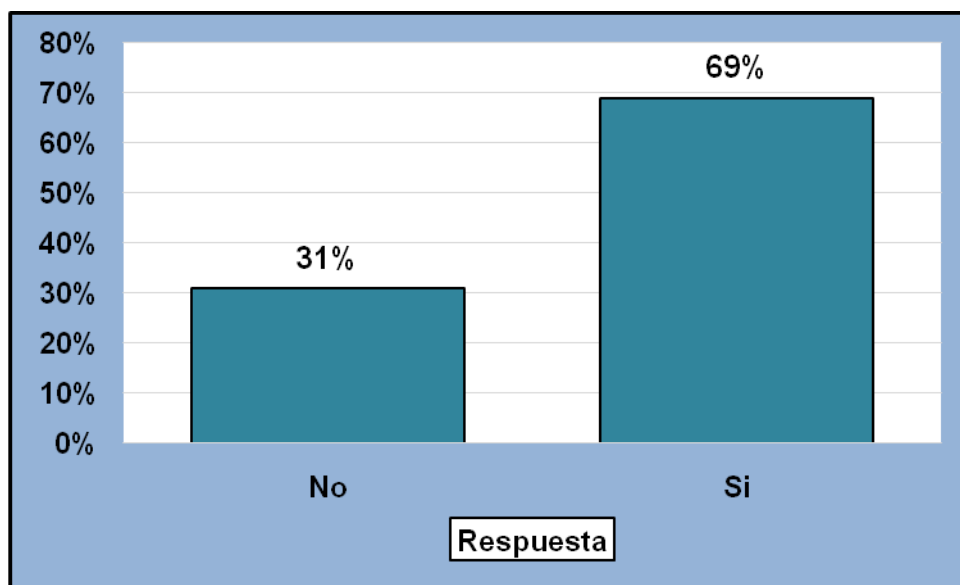
Tabla 2

¿Es posible sustituir el juicio oral, como mecanismo idóneo, para resolver una causa penal?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
No	62	31%
Si	138	69%
Total	200	100%

Figura 1

¿Es posible sustituir el juicio oral, como mecanismo idóneo, para resolver una causa penal?



Nota: Elaboración propia

Interpretación:

Como se puede ver, la mayoría de los entrevistados se inclinaron por considerar que no es indispensable el juicio oral para resolver un proceso penal. Esta percepción a nuestro juicio resulta preocupante por cuanto la prescindencia del enjuiciamiento implica el relajamiento sino la vulneración de algunas garantías de carácter constitucional como es el de la “presunción de inocencia”, el cual para ser enervado demanda necesariamente una

actividad probatoria y así justificar la condena. Se evidencia con este resultado de la encuesta, que la imperiosa necesidad de descongestionar los órganos jurisdiccionales y de obtener una resolución dentro del plazo razonable, está llevando a una tesis distorsionada de los fines del derecho penal, al punto de convertirlo en un instrumento exclusivo de resolver conflictos, olvidando su carácter fundamental de sancionar conductas peligrosas o dañinas, que atenten contra los bienes jurídicos, es decir, el de generar seguridad y confianza a la población (protección y prevención del delitos). Como hemos venido resaltando, la adopción de mecanismos simplificadores, solo deberían operar de manera excepcional (para delitos sancionados con penas mínimas) mas no así para ilícitos graves en donde debe prevalecer el derecho a la verdad. Preocupa igualmente por cuanto la aplicación de medidas de resarcimiento que se pueden imponer en ciertos casos como ocurre con el “principio de oportunidad” en modo alguno puede equipararse a la sanción penal que innegablemente contiene fines de prevención general. Notamos consecuentemente, que estos mecanismos de simplificación mantienen aceptación, al punto que algunos defensores y propulsores de esta nueva forma de resolución de casos lo fomentan como una nueva vía para resolver los problemas de la administración de justicia sin advertir que con ello se está desnaturalizando el derecho penal.

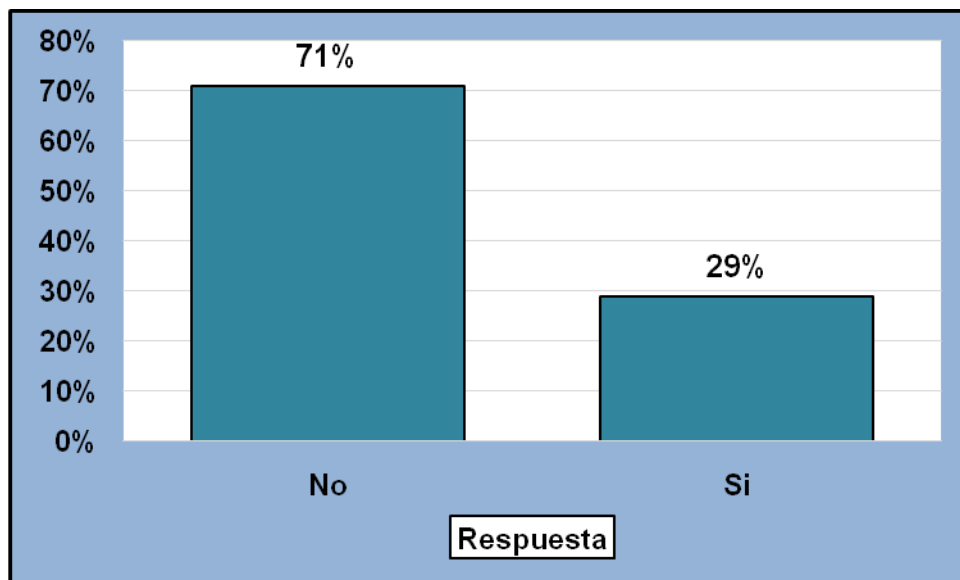
Tabla 3

¿Considera que los mecanismos de simplificación afectan los efectos preventivos generales de la pena?

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	142	71%
SI	58	29%
TOTAL	200	100%

Figura 2

¿Considera que los mecanismos de simplificación afectan los efectos preventivos generales de la pena?



Nota: Elaboración propia

Interpretación:

Los resultados demuestran, que el 71% de jueces, fiscales, abogados/as en libre ejercicio y usuarios, consideran, que si generan efectos preventivos entendidos como una menor desocialización de los trasgresores al no enfrentar en muchos casos una pena privativa de libertad. Vemos con este gráfico que en efecto, la mayor población se inclina por la propuesta de que los mecanismos de simplificación conllevan a una menor desocialización en cuanto que en la mayoría de las veces no se emite sentencia, como sucede con el “principio de oportunidad”, y en otras veces conlleva a la reducción de la condena como ocurre con la “terminación anticipada” y la “conclusión anticipada del proceso”. Sin embargo, debe aclararse en primer lugar, que no siempre el acogerse a la terminación anticipada y la conclusión anticipada significa ser eximido de una pena privativa de libertad, ésta en realidad solo es disminuida por la institución premial en sola una sexta o séptima parte de la condena. En segundo lugar, se aprecia un error de percepción sobre el carácter de la sanción penal, por

cuanto como ya lo hemos venido señalando, la pena no solo contiene fines de prevención especial (resocialización del penado) sino también de prevención general positivos y negativos como es el mensaje trasmite a la sociedad de disuasión, y de confianza en la protección de bienes jurídicos y estos efectos no se pueden alcanzar siempre con el solo pago de una reparación civil. Como se deja plasmado en este cuadro, pese a estas observancias, existe una marcada preferencia por estas opciones simplificadoras, no solo por la rapidez de las resoluciones sino por considerarse que resultan más beneficiosa para el trasgresor como para la sociedad, sin embargo, La proliferación de dichos instrumentos puede resultar peligroso para un derecho penal que aún mantiene a la sanción como un instrumento necesario. Pese a estas discrepancias lo mostrado en este cuadro deja de manifiesto la disconformidad que existe con el actual sistema de justicia, sobre todo por su lentitud e inoperancia.

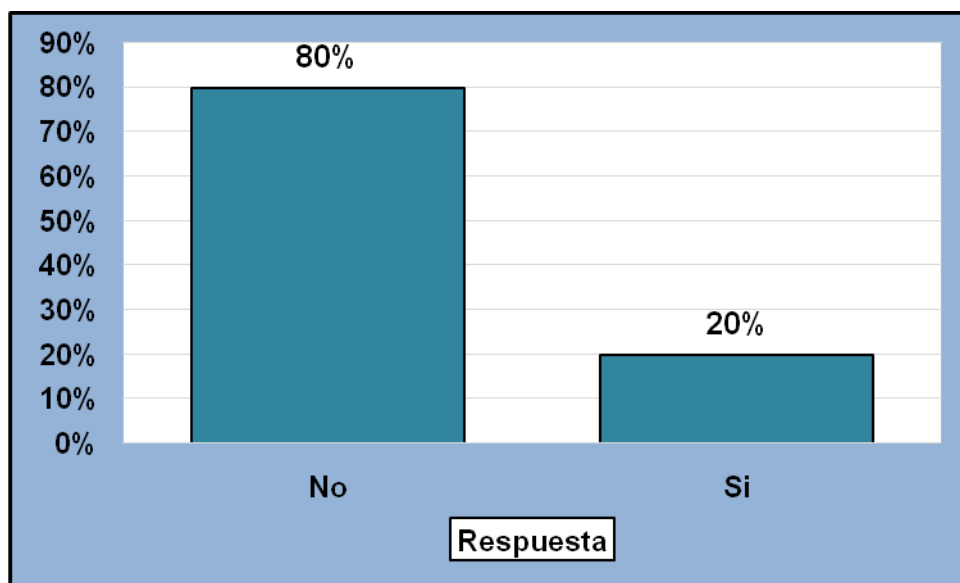
Tabla 4

¿Está usted de acuerdo con la prueba de oficio?

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	160	80%
SI	40	20%
TOTAL	200	100%

Figura 3

¿Está usted de acuerdo con la prueba de oficio?



Nota: Elaboración propia

Interpretación:

Los resultados demuestran, que el 80% de jueces, fiscales, abogados/as en libre ejercicio y usuarios, consideran, que el juez debe permanecer en una imparcialidad absoluta evitando intervenir de alguna forma en la actuación probatoria. Este es un punto crucial en nuestra investigación, por cuanto la prueba de oficio, como se explicará más adelante está en función a la posibilidad del juez de poder intervenir por iniciativa propia en el desarrollo del proceso, y en ese entendido tal facultad se manifiesta de manera relevante al momento de proponer la actuación de algún medio cuando lo considere necesario para el esclarecimiento de los hechos.

Desde la posición **“ultragarantista”** que venimos discrepando, se vetaría la intervención del juez por cuanto ello significaría un “activismo judicial” que ellos censuran, olvidando que finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad material, y que el deber de los jueces conforme a la misma constitución es el de emitir “resoluciones justas”. Advertimos que en la mayoría de las jueces se encuentra encarnada la concepción privatista del proceso

de limitar su desarrollo e intervención al pedido de las partes, cuando en realidad el derecho penal es público y como tal la sociedad tiene interés en que el hecho sea resuelto conforme a la verdad y con justicia. “Este resultado que arroja el cuadro de preguntas confirma entonces nuestra hipótesis de que en nuestros jueces, fiscales y abogados, es decir todos los operadores del derecho de nuestro sistema se encuentra encarnado una concepción garantista excesiva por decir lo menos, y bajo tal postura se vienen desarrollando y definiendo los procesos penales, con los consiguientes problemas que ello acarrea para la administración de justicia”.

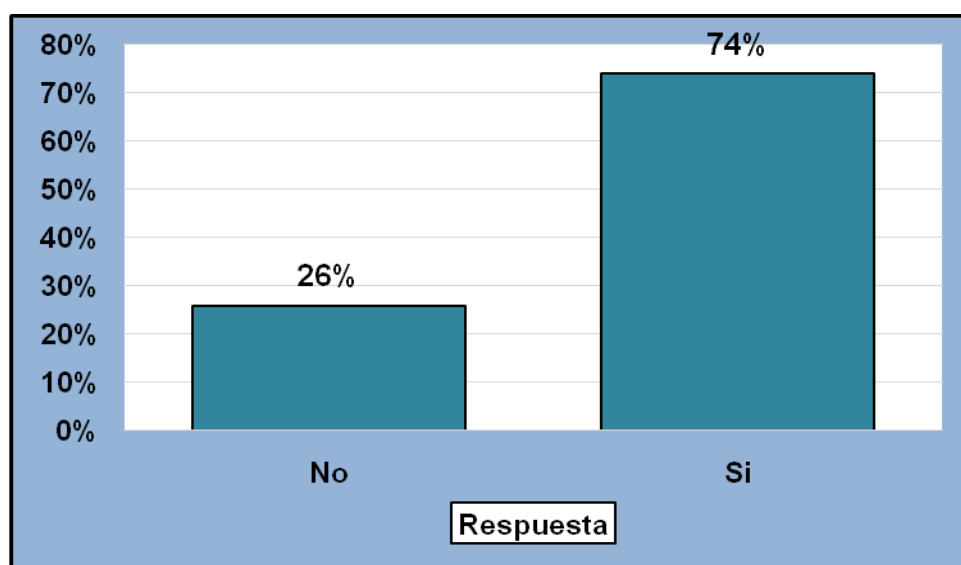
Tabla 5

¿Considera que el apego irrestricto a las garantías procesales favorece al buen desarrollo de la administración de justicia?

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	52	26%
SI	148	74%
TOTAL	200	100%

Figura 4

¿Considera que el apego irrestricto a las garantías procesales favorece al buen desarrollo de la administración de justicia?



Nota: Elaboración propia

Interpretación:

Los resultados demuestran, que el 74% de jueces, fiscales, abogados/as en libre ejercicio y usuarios, consideran, que un proceso solo puede ser válido cuando se respeta de manera ineludible todas las garantías del debido proceso generando así la confianza en la población, aunque ello conlleve a un retraso abrumador de la administración de justicia. Como se podrá notar del referido cuadro, la diferencia entre los que se adhieren al respeto irrestricto a la garantías como única fórmula de validar un proceso penal en contraposición de aquellos que no lo asumen de modo absoluto, es abrumadora, la mayoría se decanta por esta apreciación por cuanto entiende que su observancia favorece al desarrollo del proceso, pero no advierten que el respeto absoluto de ellas, puede entrapar el proceso como es el caso de retrotraerlo a etapas ya precluidas con el solo afán de sanear algunas omisiones que no siempre resultan sustanciales, y que más bien pueden dar pie a posibles prescripciones y con ello producir impunidades. Se verifica entonces con estos resultados, que, en efecto, la mayoría de los operadores de justicia mantienen la idea de santificar las garantías del procesado como la mejor forma de llevar el proceso, y soslayan que existen otros intereses que también deben conjugar y que obliga a realizar un balance entre ellos. Notamos, consecuentemente, el nivel de influencia del exceso de garantismo es alto en el proceso penal peruano.

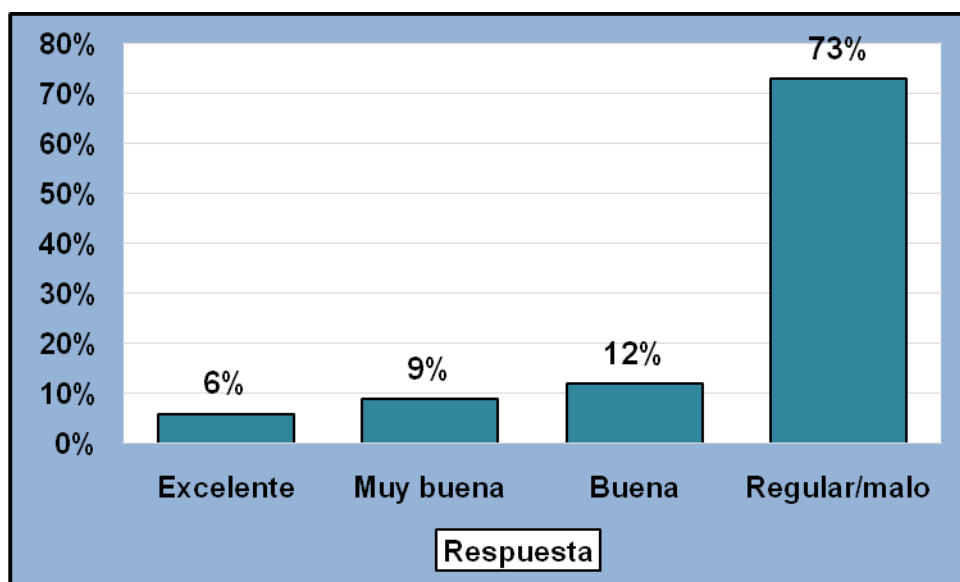
Tabla 6

¿El procedimiento especial conocido como “proceso inmediato” cumple con los fines de protección previstos en la norma, en un marco de respeto de las garantías y de los principios básicos del proceso penal constitucional?

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
EXCELENTE	12	6%
MUY BUENA	18	9%
BUENA	24	12%
REGULAR/MALO	146	73%
TOTAL	200	100%

Figura 5

¿El procedimiento especial conocido como “proceso inmediato” cumple con los fines de protección previstos en la norma, en un marco de respeto de las garantías y de los principios básicos del proceso penal constitucional?



Nota: Elaboración propia

Interpretación:

Los resultados demuestran, que el 73% de jueces, fiscales, abogados/as en libre ejercicio y usuarios, consideran que el procedimiento inmediato no es adecuado porque en la práctica afecta derechos fundamentales. Cabe señalar que este proceso denominado “proceso inmediato” por la simplificación de sus trámites y de sus plazos, no solo fue considerado inadecuado, sino que además fue calificado por algún sector de la doctrina garantista como inconstitucional, es decir que mereció el rechazo total de este sector que lo tildaba de trasgredir el plazo razonable de la defensa para acopiar las pruebas y elaborar su estrategia. No obstante, a estas críticas, el referido proceso se abrió paso y se consolidó hasta nuestros días con la aprobación de la sociedad que percibió el desarrollo breve de los procesos, pero con el respeto del derecho del inculpado a un juicio justo y que la reducción de los plazos devenía de lo fragante que era el delito y por lógica en estos casos la demanda de actuación de los medios probatorios eran mínimos y rara vez complejos. No obstante, a ello la obtención de estos resultados, nos sirven de referencia sobre estas concepciones extremadamente garantistas que ante cualquier restricción que pudiera presentarse levantan su voz de protesta, lo recuerdan como el mayor logro de la humanidad y tildan de inquisidores a los que procuran ponderarlos o flexibilizarlos.

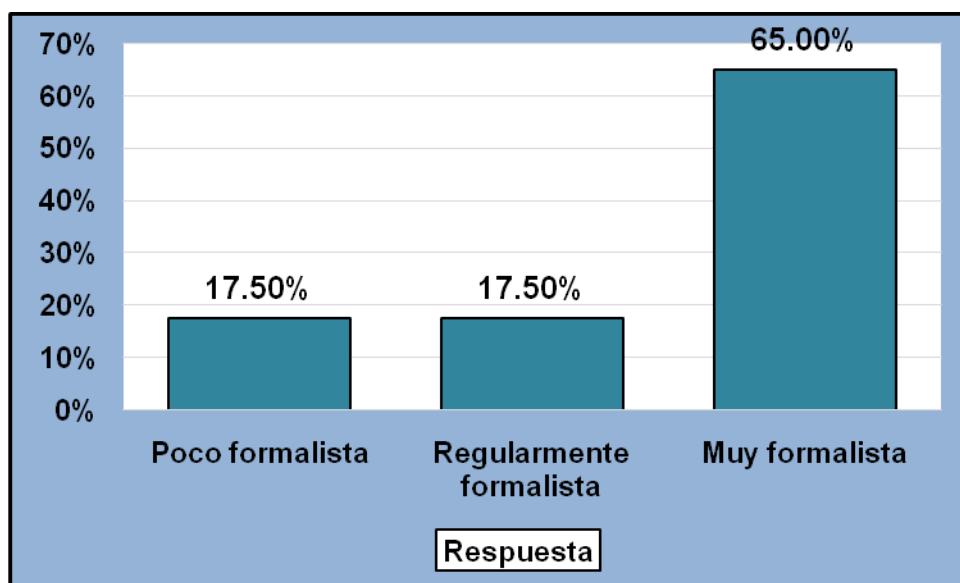
Tabla 7

¿En su opinión, el actual proceso penal es excesivamente formalista?.

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
POCO FORMALISTA	35	17,5%
REGULARMENTE FORMALISTA	35	17,5%
MUY FORMALISTA	130	65,0%
TOTAL	200	100,0%

Figura 6

¿En su opinión, el actual proceso penal es excesivamente formalista ?.



Nota: Elaboración propia

Interpretación.

Como se puede se advierte de estos datos, la mayoría de los encuestados consideran que el nuevo proceso penal otorga mucha importancia a las formalidades, y cuando estas son inobservadas pueden terminar en nulidades que obliga a retrotraer el proceso, o declarar las nulidades de sentencias por omisiones que en muchos casos no son de trascendencia. Cabe señalar que las formalidades son presupuestos y requisitos establecidos en las normas como exigencias que permiten otorgar validez a los actos procesales, y como tales resultan necesaria en todo proceso judicial como administrativo, Se precisa entonces, que con el concepto de "Formalista" (como se toma en la pregunta de la encuesta) se alude a los excesos en que se incurre cuando se regula alguna actuación procesal.

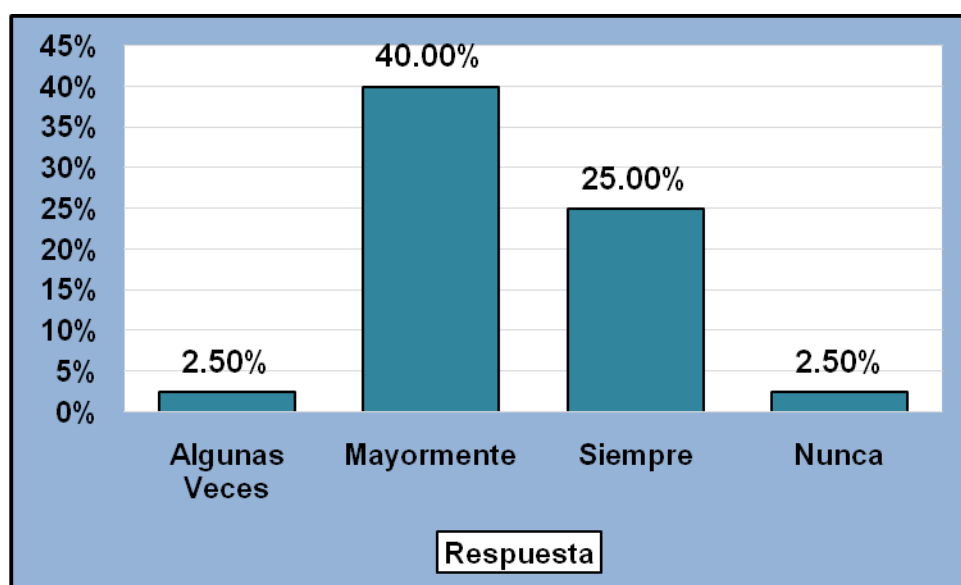
Tabla 8

¿Considera que los jueces asumen un criterio muy garantista al momento de pronunciarse en sus resoluciones?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
ALGUNAS VECES	5	2,5%
MAYORMENTE	140	40,0%
SIEMPRE	50	25,0%
NUNCA	5	2,5%
TOTAL	200	100,0%

Figura 7

¿Considera que los jueces asumen un criterio muy garantista al momento de pronunciarse en sus resoluciones ?.



Nota: Elaboración propia

Interpretación:

Como se ve del presente cuadro la mayoría de los encuestados se encuentra en los espacios entre los que consideran que siempre o mayormente los jueces resuelven sus casos

con criterios muy garantistas, lo que se ve plasmado no solo en las sentencias, sino también en los autos que dictan durante la etapa de investigación preparatoria. Pese a ello aparece también un porcentaje (aunque mucho menor de los otros) de los que consideran que en algunos casos los jueces no observan estrictamente dichas garantías, en tanto que para algunos los jueces no se comportan nunca como verdaderos jueces de garantía, discrepancia que se explica en cuanto las resoluciones no pueden satisfacer a todas las partes a la vez.

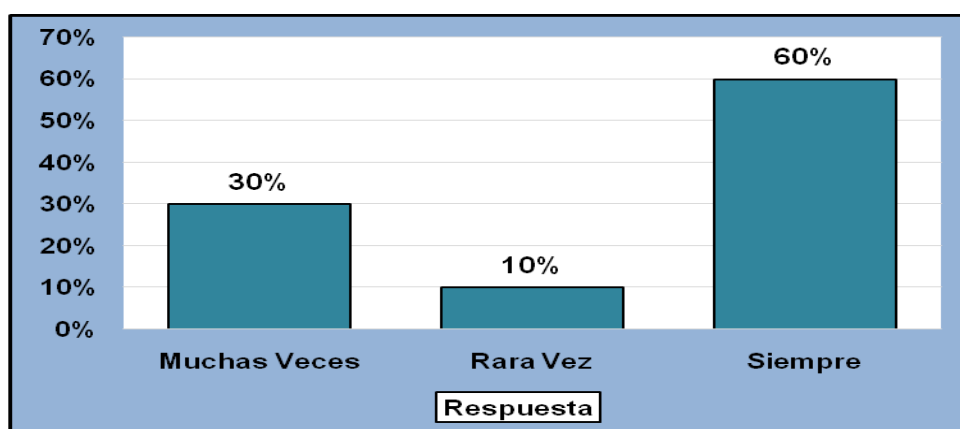
Tabla 9

¿Se ciñe Usted a los criterios garantistas irrestrictos que exponen los magistrados supremos en sus acuerdos plenarios vinculantes?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
MUCHAS VECES	60	30%
RARA VEZ	20	10%
SIEMPRE	120	60%
TOTAL	200	100%

Figura 8

¿Se ciñe Usted a los criterios garantistas irrestrictos que exponen los magistrados supremos en sus acuerdos plenarios vinculantes?



Nota: Elaboración propia

Interpretación.

Como se podrá apreciar del referido cuadro, solo un bajísimo porcentaje de los encuestados se inclinó por desatender en ciertas oportunidades las líneas de interpretación que fijan los magistrados supremos, (esto es cuando afirman que rara vez lo comparte), la mayoría, por el contrario, (en un noventa por ciento) señalaron que siempre o muchas veces siguen fielmente el criterio garantista que exponen los jueces supremos en sus acuerdos plenarios. Este dato nos indica que estas concepciones sobre garantistas que se exponen en sendos acuerdos plenarios o sentencias casatorias influyen manera determinante no solo en los magistrados de las otras instancias inferiores, sino también en los abogados

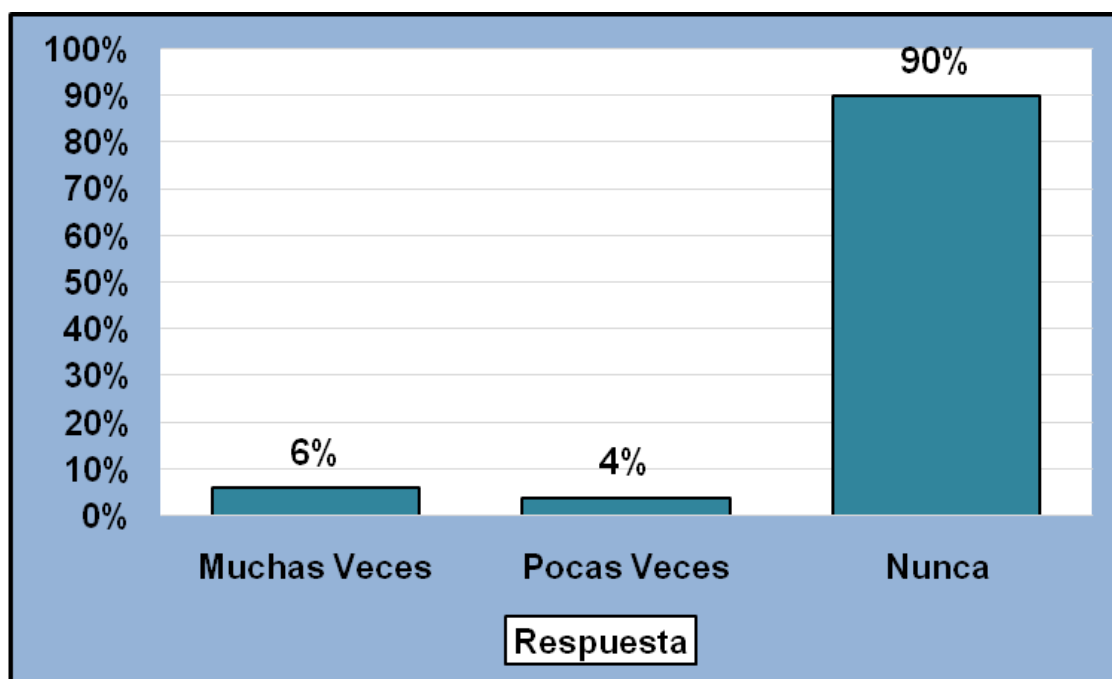
Tabla 10

¿En su opinión, los procesos se resuelven de manera pronta y oportuna?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
MUCHAS VECES	12	6%
POCAS VECES	8	4%
NUNCA	180	90%
TOTAL	200	100%

Figura 9

¿En su opinión, los procesos se resuelven de manera pronta y oportuna?



Nota: Elaboración propia

Interpretación.

Como es evidente, este cuadro no hace más que reflejar la situación que todos conocemos como es la lentitud en que se desarrolla los procesos. En esta encuesta, el noventa por ciento consideró que los procesos no se resuelven con la celeridad. Cabe señalar que recientemente se ha instaurado lo "proceso inmediato", para los casos en que se da la figura de la "fragancia" con la finalidad de lograr la tan deseada celeridad, pero aún, la mayoría de los procesos siguen retrasados y entrampados en los juzgados.

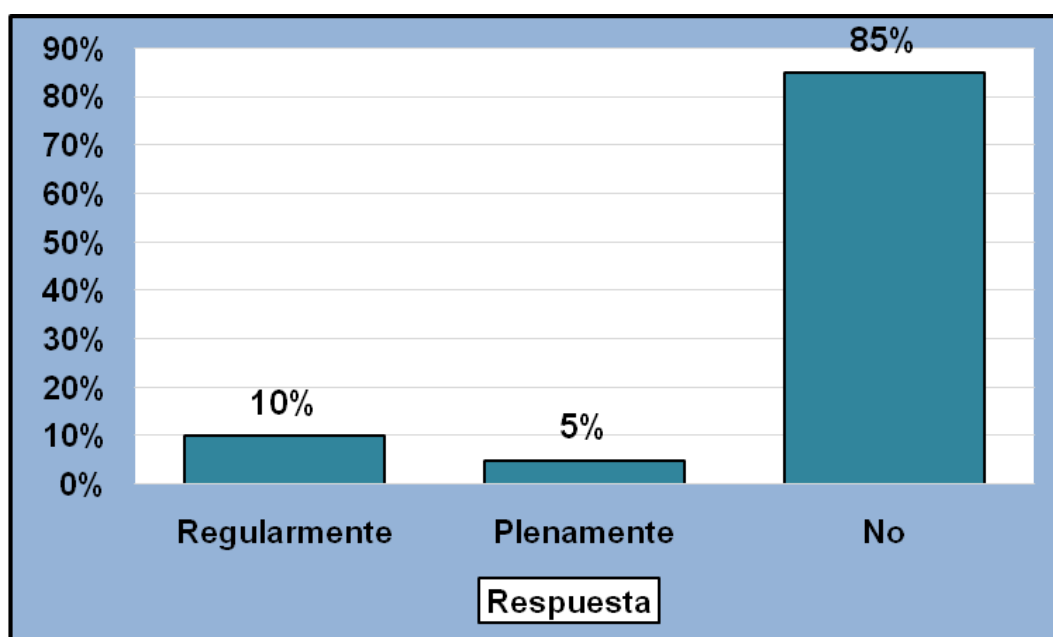
Tabla 11

¿Confía usted en la administración de justicia?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
REGULARMENTE	20	10%
PLENAMENTE	10	5%
NO	170	85%
TOTAL	200	100%

Figura 10

¿Confía usted en la administración de justicia?



Nota: Elaboración propia

Interpretación:

Esta información al igual que la anterior solo recoge lo que es una percepción general y de conocimiento de todos nosotros respecto al servicio de justicia. Como se advierte del referido cuadro solo un mínimo número de encuestados afirmó su confianza en el poder judicial, en tanto que la mayoría, (ochentaicinco por ciento) manifestó su total insatisfacción

con este servicio. Debe precisarse que alta desaprobación de esta institución estatal (que es expuesta además por los diferentes medios de comunicación) solo está en función a los actos de corrupción y de retraso de los procesos sino también en lo referido al desacuerdo de las resoluciones que se emiten.

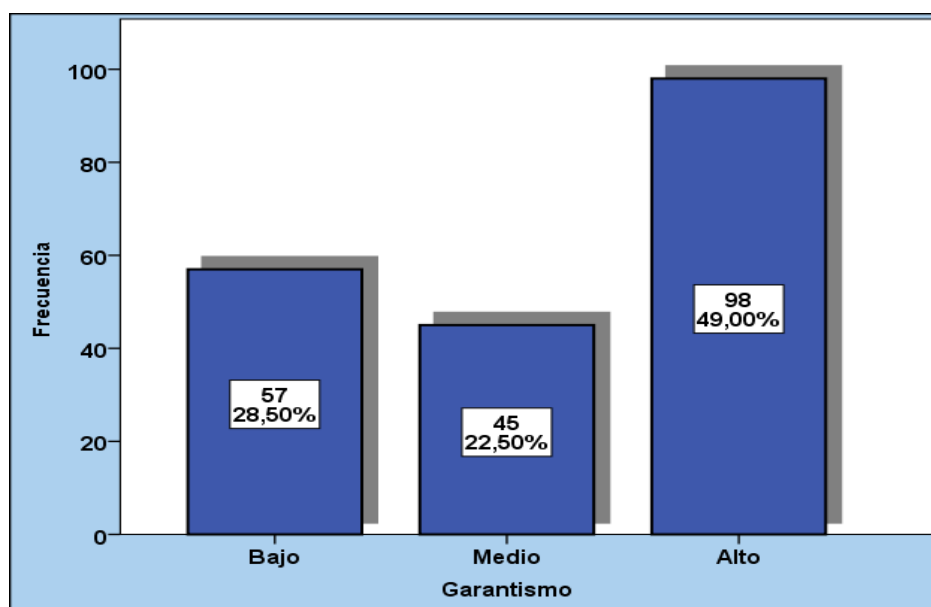
Tabla 12

Niveles de Garantismo en el proceso penal peruano

NIVELES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
BAJO	57	28,50
MEDIO	45	22,50
ALTO	98	49,00
TOTAL	200	100,00%

Figura 11

Niveles de Garantismo en el proceso penal peruano



Nota: Elaboración propia

Interpretación:

De la Tabla N° 11 se asevera que, según la opinión de los encuestados, el 49,00% (98) señala que existe un Alto nivel de garantismo en el proceso penal peruano y constituyen la mayoría de los participantes en el estudio, el 8,50 (57) de los encuestados indican que el nivel de garantismo es Bajo y sólo el ,50% (45) de los encuestados afirma que el nivel de Garantismo es Medio.

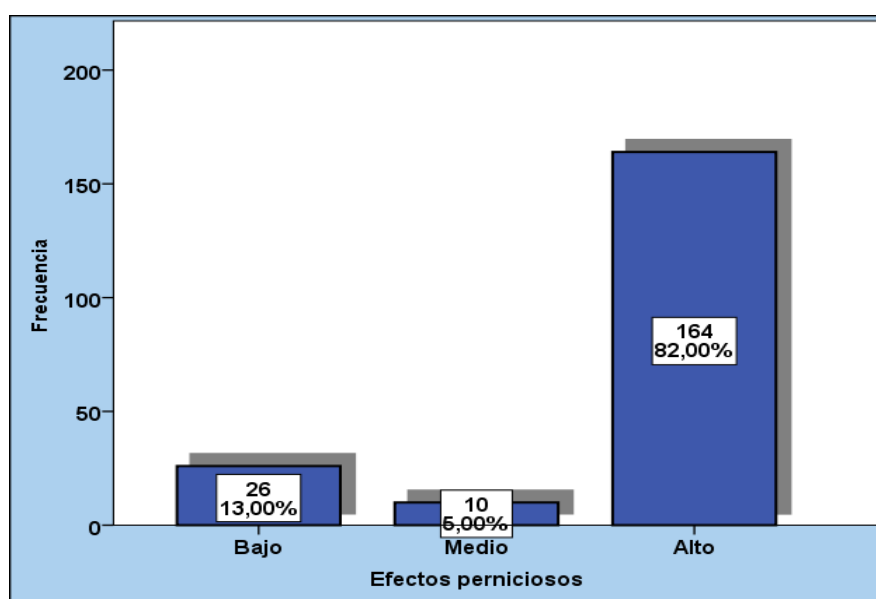
Tabla 13

Niveles de Efectos perniciosos en el proceso penal peruano

NIVELES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
BAJO	26	13,00%
MEDIO	10	5,00%
ALTO	164	82,00%
TOTAL	200	100,00%

Figura 12

Niveles de Efectos perniciosos en el proceso penal peruano



Nota: Elaboración propia

Interpretación:

Se aprecia, en la Tabla N° 12 que, la mayoría 82,00% (164) de los encuestados señalan que existe un nivel Alto de efectos perniciosos en el proceso penal peruano, el 13,00 (26) de los encuestados sostienen que el nivel de efectos perniciosos es Bajo y el 5,00% (10) de los encuestados indican que el nivel de efectos perniciosos es Medio.

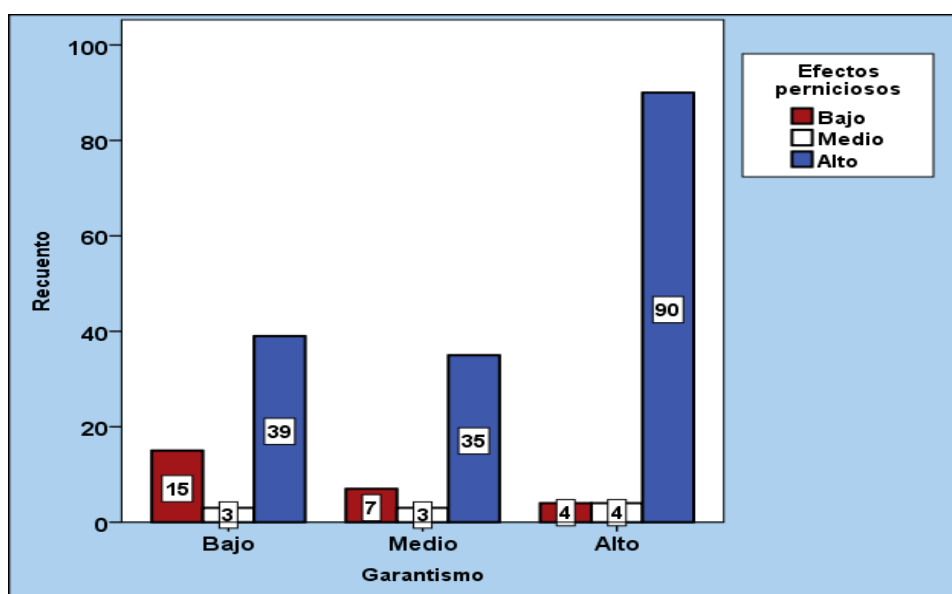
Tabla 14

Niveles de Garantismo y Efectos perniciosos en el proceso penal peruano

		EFECTOS PERNICIOSOS			TOTAL
		Bajo	Medio	Alto	
GARANTISMO	Bajo	15	3	39	57
	Medio	7	3	35	45
	Alto	4	4	90	98
TOTAL		26	10	164	200

Figura 13

Niveles de Garantismo y Efectos perniciosos en el proceso penal peruano.



Nota: Elaboración propia

Interpretación:

En la Tabla N° 13 se aprecia que, la mayoría 90 (45,00%) de los encuestados perciben que existe un nivel Alto de garantismo y un alto nivel de efectos perniciosos en el proceso penal peruano, hay 39 (19,50%) encuestados que indican que el garantismo es Bajo y que los efectos perniciosos presentan un nivel Alto, hay 35 (17,50%) encuestados que perciben que existe un nivel Medio de garantismo y hay un nivel Alto de efectos perniciosos, hay 15 (7,50%) encuestados que señalan que el garantismo presentan un nivel Bajo y que los efectos perniciosos tiene también un nivel Bajo, hay 7 (3,50%) encuestados que indican que el garantismo tiene un nivel Medio y los efectos perniciosos tienen un nivel Bajo.

PRUEBA DE HIPÓTESIS

a) Prueba de la hipótesis general

El excesivo garantismo genera efectos perniciosos en el proceso penal peruano.

Hipótesis a contrastar:

H₀: El excesivo garantismo no está asociado con la generación de efectos perniciosos en el proceso penal peruano.

H₁: El excesivo garantismo está asociado significativamente con la generación con los efectos perniciosos en el proceso penal peruano.

Se utiliza la prueba Chi cuadrada de independencia. La tabla 14 muestra el valor de la Chi cuadrada calculada es $X^2_c=16,955$ y el p-valor (0,002) es menor al nivel de significación ($\alpha=0,050$), por lo que se rechaza la hipótesis nula (H_0) y se acepta la hipótesis alterna (H_1) para un 95% de nivel de confianza.

Tabla 15*Prueba de la hipótesis general*

	Valor	gl	Significación asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	16,955 ^a	4	0,002
Razón de verosimilitud	17,383	4	0,002
Asociación lineal por lineal	16,276	1	0,000
N de casos válidos	200		

Nota: Elaboración propia

Conclusión estadística: Al rechazarse la hipótesis nula (H_0), se acepta la hipótesis alterna (H_1), es decir se asevera que el excesivo garantismo está asociado significativamente con la generación con los efectos perniciosos en el proceso penal peruano.

Al aceptar la hipótesis alterna (H_1), entonces se comprueba estadísticamente la hipótesis general: El excesivo garantismo genera efectos perniciosos en el proceso penal peruano, aseveración que se hace para un 95% de nivel de confianza.

b) Prueba de las hipótesis específicas

Hipótesis específica 1

Existe un nivel excesivo de garantismo en el proceso penal peruano.

Hipótesis a contrastar:

H₀:No existe un nivel excesivo de garantismo en el proceso penal peruano.

H₁:Existe un nivel excesivo de garantismo en el proceso penal peruano.

Se utiliza la prueba Chi cuadrada de independencia. La tabla 15 muestra el valor de la Chi cuadrada calculada es $X^2_c=23,170$ y el p-valor (0,000) es menor al nivel de significación

($\alpha=0,050$), por lo que se rechaza la hipótesis nula (H_0) y se acepta la hipótesis alterna (H_1) para un 95% de nivel de confianza.

Tabla 16

Prueba de la hipótesis específica 1

Estadísticos de prueba	
Garantismo	
Chi-cuadrado	23,170 ^a
gl	2
Sig. asintótica	0,000

Nota: Elaboración propia

Conclusión estadística: Al rechazarse la hipótesis nula (H_0), se acepta la hipótesis alterna (H_1), es decir se asevera que existe un nivel excesivo de garantismo en el proceso penal peruano.

Al aceptar la hipótesis alterna (H_1), entonces se comprueba estadísticamente la hipótesis específica 1: Existe un nivel excesivo de garantismo en el proceso penal peruano.

Hipótesis específica

Existen factores que originan el excesivo garantismo en el proceso penal peruano.

Hipótesis a contrastar:

H₀: No existen factores que originan el excesivo garantismo en el proceso penal peruano.

H₁: Los factores que originan el excesivo garantismo en el proceso penal peruano son el factor ideológico y formalismo.

Se utiliza la prueba Chi cuadrada de independencia. La tabla 16 muestra el valor de la Chi cuadrada calculada es $X^2_c=166,625$ y el p-valor (0,000) es menor al nivel de significación

($\alpha=0,050$), por lo que se rechaza la hipótesis nula (H_0) y se acepta la hipótesis alterna (H_1) para un 95% de nivel de confianza.

Tabla 17

Prueba de la hipótesis específica

Estadísticos de prueba	
Factores	
Chi-cuadrado	166,625 ^a
gl	3
Sig. asintótica	0,000

Nota: Elaboración propia

Conclusión estadística: Al rechazarse la hipótesis nula (H_0), se acepta la hipótesis alterna (H_1), es decir se asevera los factores que originan el excesivo garantismo en el proceso penal peruano son el factor ideológico y formalismo.

Al aceptar la hipótesis alterna (H_1), entonces se comprueba estadísticamente la hipótesis específica :Existen factores que originan el excesivo garantismo en el proceso penal peruano.

V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Los resultados de todos estos cuadros nos muestran que los operadores del derecho adoptan la posición sobre garantista como un nuevo paradigma del moderno derecho penal del cual todos los que estamos en la administración de justicia debemos seguir,

Así mismo de las respuestas proporcionadas sobre los "acuerdos plenarios", en donde la corte suprema establece criterios "vinculantes" (de obligatorio cumplimiento), la mayor parte de los encuestados mostraron su conformidad con los criterios que se desarrollan en base a esta concepción, como también de ceñirse a ellos sin reparo alguno (los abogados para apoyar sus alegatos con estos precedentes, y los jueces para fundar y respaldar sus resoluciones).

Pero a su vez, los resultados denotaron claramente la disconformidad que la mayoría tiene sobre este servicio de justicia mostrándolo como ineficiente lento y poco confiable.

Vemos entonces a través de estos resultados, que los mismo involucrados en el sistema de justicia, evidencian su simpatía por las concepciones amplias del garantismo, desaprobando a su vez (tal como se observa de sus respuestas) la intervención de oficio del juzgador e incluso siendo reacios con la implementación del "nuevo proceso inmediato" que simplifica el juicio oral, pero por otro lado reconocen que el proceso penal resulta ser muy formalista, que la justicia es tardía, y muchas genera impunidad.

Como se desprende de estos resultados advertimos que la actual efervescencia que se vive en la actualidad por las nuevas concepciones de garantía no deja ver a muchos que en realidad tal ideología que defienden está operando de manera negativa en el desarrollo del proceso penal y con ello en desmedro de la administración de justicia.

VI. CONCLUSIONES

- 6.1. Finalmente, la presente investigación nos permite demostrar que, en efecto, el excesivo garantismo, se ha convertido en una verdadera carga pesada que repercute negativamente en el desarrollo del proceso penal haciéndolo lento, ineficiente y muchas veces en sus decisiones.
- 6.2. Advertimos así mismo, que, pese a que esta ineficiencia es reconocida plenamente por los justiciables e incluso por los mismos operadores del derecho, aun así, se mantiene constante la demanda de formalismo extremos que en muchos casos resultan insustanciales.
- 6.3. El nivel de influencia del excesivo garantismo en el proceso penal peruano es directo y significativo.
- 6.4. Existen factores que originan el excesivo garantismo en el proceso penal peruano.
- 6.5. Que el estancamiento y la demora en la resolución de los procesos penales que se presenta en la administración de justicia, obedece en buena medida a la concepción excesivamente garantista que asumen los jueces como también los otros operadores del derecho.
- 6.6. Que esta ideología tiene entre sus factores en los cursos de capacitación que se vinieron dictando con anterioridad a la puesta en marcha del nuevo Código Procesal Penal y ha venido reforzada con la jurisprudencia y la doctrina que aparecen en los textos actuales especializados en esta materia.
- 6.7. Que dicha corriente sobre garantistas ha sido recogida en el nuevo código procesal penal por lo que se demanda necesariamente algunas modificatorias para erradicar algunas situaciones que lejos de favorecer al proceso por el contrario lo obstaculiza.

- 6.8. El tiempo vino a demostrar que la tesis absoluta de las garantías, por el cual se preconizaba la prevalencia de los derechos del individuo por encima de todos los otros intereses, solo ha conllevado al colapso de la administración de justicia.
- 6.9. Que la desaprobación social que recibe el poder judicial tiene definitivamente relación con estos conceptos porque no solo retardan por años los procesos, sino porque también generan impunidad en algunos casos, por otorgar total prevalencia a las formalidades del proceso.
- 6.10. Se ha determinado, consecuentemente, que el apego al excesivo garantismo genera efectos perniciosos en el proceso penal peruano.
- 6.11. Que la insatisfacción que produce el sistema de justicia está llevando a la adopción de otro mecanismo simplificador del proceso que si bien contribuyen a la descarga procesal constituye una forma que no se condice propiamente con la naturaleza de todo proceso penal.
- 6.12. Estos mecanismos a nuestro parecer constituyen mensajes subliminales que ingresan sutilmente y con mucha aceptación en el sistema penal, pero que posteriormente socavaran las bases del mismo proceso. De allí que son alentadas y destacadas por los garantistas como los medios más idóneos para resolver los problemas de la justicia, cuando en realidad a través de estos medios se abandona de manera gradual al poder punitivo del Estado. No olvidemos que el sector radical del garantismo postula la desaparición del derecho penal. Por ello, mientras más inoperante resulte el sistema penal, mejor para aún para justificar su posición abolicionista.
- 6.13. Que, ante esta innegable realidad, y la imperiosa necesidad de mantener la legitimidad del sistema penal, hoy en día se están admitiendo algunas reformas que en sí viene a constituir unas flexibilizaciones de esas garantías, para poder armonizarlas con los otros intereses del proceso.

- 6.14. Que pese a todo lo señalado, ésta corriente ultra garantista sigue manteniéndose y ejerciendo una fuerte resistencia al cambio de concepción y en contraposición a ésta nueva propuesta, propone más bien la desaparición progresiva del mismo derecho penal, oponiéndose constantemente a toda reducción o flexibilización de las garantías. Las críticas formuladas contra el nuevo “proceso inmediato” constituyen una clara muestra de ello.
- 6.15. Advertimos, consecuentemente, que este nivel de influencia del excesivo garantismo en el sistema judicial es alto por cuanto se encuentra enraizada en la mayoría de los jueces y se extiende a todos los niveles de la administración de justicia.

VII. RECOMENDACIONES

- 7.1. Como todo grave problema que se intenta solucionar, se debe partir imperativamente de su “reconocimiento”. En ese sentido, los datos estadísticos, y las continuas reformas implementadas, son hechos objetivos e innegables del estancamiento en que se encuentra el sistema de justicia. La adopción de mecanismos de consenso y simplificación, constituyen muestra evidente de la imperiosa necesidad de concluir rápidamente con los procesos, aunque ello implique la prescindencia de algunos principios básicos del derecho penal.
- 7.2. Partimos entonces por admitir la ineficiencia de éste importante servicio del Estado y que nuestros conceptos jurídicos y filosóficos sobre los derechos del individuo surgidos con el liberalismo, merecen ser replantados de cara a la realidad actual.
- 7.3. Como se desprende de estas reflexiones, como paso principal para recuperar la funcionalidad del sistema de justicia es la adopción de un cambio sustancial sobre la forma de concebir a las garantías. Hoy en día no podemos seguir manteniendo las ideas rígidas y amplias de ellas, porque están en clara contraposición a lo que significa un adecuado servicio de justicia.
- 7.4. Esto es importante, porque como lo hemos venido indicando, lo determinante en el sistema de justicia, pasa por la ideología que tienen los jueces. Todo esfuerzo que se haga por resolver el problema de la ineficiencia resultara inútil si es que se sigue manteniendo la misma mentalidad.
- 7.5. En segundo lugar, y siendo consecuente con esta línea de pensamiento, debemos proponer algunas modificaciones tendientes a recuperar la agilidad en los procesos como, por ejemplo:
- 7.6. La posibilidad de dar por concluido el plazo de investigación preparatoria sin necesidad de convocar a audiencia. Si tomamos en cuenta que cualquier solicitud del

Ministerio Público de prorroga y extender el plazo de investigación debe hacerse antes de la culminación del mismo, la convocatoria de una audiencia para declararla ya culminada resulta innecesaria. El Juez simplemente debe darla por concluída al término del plazo fijado.

- 7.7. La audiencia de control de acusación debe realizarse siempre con presencia del Ministerio Público, y no como se acostumbra en la actualidad solo con la defensa del inculpado, a fin de que en el mismo acto el Ministerio Público subsane o aclare cualquier omisión u error, sin necesidad de que los autos sean remitidos para otro pronunciamiento posterior, el cual también puede ser observado por la defensa y repetirse el trámite.
- 7.8. Simplificación de las resoluciones. Si bien antiguamente se desatendió esta exigencia de la motivación, hoy en día al haber caído en el exceso, con la consiguiente dilación de los procesos debe corregirse. Debemos terminar con el error de que la buena fundamentación sea medida con la abundancia de páginas.
- 7.9. La posibilidad del rechazo de plano de nulidades manifiestamente infundadas, con la consiguiente aplicación de las medidas disciplinarias. Estos pedidos son numerosos y por lo general llegan a instancia superior con la consiguiente extracción de copias de casi todo el expediente, con las distracciones de tiempo y trabajo y material, incluyendo notificaciones, realizaciones de audiencias y resoluciones finales, todo un desgaste de esfuerzo que repercute en la atención de los otros procesos.
- 7.10. La limitación de la aplicación de las instituciones de conformidad (terminación anticipada y conclusión anticipada) a los delitos de poca gravedad, excluyéndose a los de alta gravedad que genera conmoción social. Esto en razón a la necesidad de preservar los principios de publicidad del proceso penal.

- 7.11. Abandonar la rigurosidad extrema de la imputación. Como se sabe, este requisito de la acusación fiscal conocido como “principio de imputación necesaria” demanda que el representante del Ministerio Público determine con precisión los hechos que se le atribuyen al procesado, requisito que ha sido igualmente sobredimensionado por los abogados dando lugar a la proliferación de audiencias de tutela como de nulidades bajo el argumento de que el Ministerio Público no describió “suficientemente” los hechos, es decir de forma minuciosa cada aspecto factico, al punto que en ciertos casos dichas observaciones condujeron al archivamiento del proceso a través de excepciones de improcedencia de acción, por considerarse que la acusación no había sido muy precisa.
- 7.12. Es importante tener por establecido que la “imputación” en sí es una comunicación de los hechos que se le atribuyen al inculcado, los mismos que deben ser claros y definidos tanto en lo factico como en lo jurídico, más en modo alguno este derecho de conocer los cargos puede ser entendido de modo extremo como se hace con la concepción ultragarantista que exige referirse detalladamente en cada uno de los aspectos, es decir, que sea “perfecta”.
- 7.13. Reducir el número de audiencias. Conforme al nuevo código, salvo excepciones, todo pedido de las partes debe ser resuelto en audiencia, lo que demanda tiempo no solo para el juez, sino también para los fiscales y los defensores públicos, por pedidos que en muchos desde su presentación la ausencia de fundamento era manifiesto. Proponemos, por ende, que estas audiencias sean limitadas para las resoluciones de mayor trascendencia.
- 7.14. Promover la capacitación de los magistrados de todas las instancias en estos temas, a fin de dar a conocer los inconvenientes que viene generando el excesivo garantismo

en la administración de justicia, y de la necesidad de ir abandonando estas posturas radicales.

- 7.15. En síntesis, lo que se recomienda es la adopción de un nuevo proceso en donde toda la tramitación sea más simple y expedita, con reducciones de plazos, de audiencias y de actos procesales, con menos formalismo y más dinamismo, y que el proceso penal pueda atender y resolver los casos en base a su propia estructura sin tener que recurrir a mecanismos alternativos
- 7.16. Nada de ello, de ello se podrá obtener, si no entendemos que lo que el sistema brinda al inculpado, es el derecho y la posibilidad de ejercer una defensa adecuada, mas no así a una defensa perfecta.
- 7.17. Al margen de cualquier aspiración por loable que sea, como es el de llegar a ser una sociedad educada en donde los márgenes de conflictos judiciales sean mínimos, debemos contar imprescindiblemente con instrumentos eficaces que funcionen con idoneidad ante la demanda actual de justicia. De lo contrario la confiabilidad del sistema se irá desvaneciendo al punto en que la justicia se vuelva hacia atrás cuando se ejercía por mano propia.

VIII. REFERENCIAS

- Abanto, M. (2014). *Dogmática Penal. Delitos contra el Orden Económico y Delitos contra la Administración Pública*. Grijley. Lima- Perú.
- Alcárcel, R. (2002). *Prevención y Garantías - Conflicto y Síntesis - 002. XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. Universidad Externada de Colombia, Bogotá - 2014). “Introducción al Derecho Penal - Parte General”. Editorial, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima- Perú.
- Alcócer, L. (2014). *Introducción al Derecho Penal - Parte General*. Lima, Perú: Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- Alfonso Da Silva, V. (2011). *Teoría de los Principios - Competencias para la Ponderación y Separación de Poderes - Teoría Principalista de los Derechos Fundamentales*. Marcial Pons. Barcelona–España.
- Álvarez, V. (2007). *Filosofía del Derecho*. Ediciones Jurídicas. Lima –Perú.
- Aristóteles. (1996). *La Política*. Mercurio S.A.
- Asencio, J. (2012). *Activismo y Garantismo - Un Dilema Artificial*. Gaceta Penal Tomo 32. Lima- Perú.
- Asencio, J. (2016). *Derecho Procesal Penal - Estudios Fundamentales*. INPECCP. Y CENALES. Lima Perú.
- Balcázar, J. (2014) *Situación de la Dogmática Jurídica en el debate entre Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalismo*. Revista jurídica “De Iure”. N° 1. Corte Superior de Justicia de Amazonas. Lima-Perú.
- Ballena, J. (2014). *La Constitucionalización del Derecho Penal*. Revista judicial “De Iure” Nro. 1. Corte Superior de Justicia de Amazonas. Lima -Perú.
- Basaez, H. (2012). *La Verdad en el Proceso Penal*. Revista Jurídica “Derecho y Sociedad”

- editada por los Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XXIII Nro. 38. Lima-Perú.
- Bazalar, V. (2015). *El Procedimiento Inmediato según el Decreto Legislativo 1194. Especial referencia a la Omisión de Asistencia Familiar*. Revista Jurídica. Actualidad Penal. Editorial Instituto Pacífico Volumen 16. Lima – Perú.
- Bazán y Pereira. (2012). Problemas y soluciones al derecho de acceso a la Justicia en el Perú. En Reggiardo (Ed.)
- Bello, C. (2013). *Derecho Penal y Garantismo. Derecho Penal y Crítica al Poder Punitivo del Estado*. Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancour. Tomo I Colección de Ciencias Penales. Ibáñez. Bogotá- Colombia.
- Benavente, H. (2014). *La Prueba Oficiosa - Ensayo sobre su justificación en un modelo que busca el esclarecimiento de los hechos y no la mera persuasión*. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 58. Lima –Perú.
- Bernd, P. (2009). La justicia restaurativa en Alemania, balances y perspectivas. Consecuencias Jurídicas del delito. Rubinzal – Culzoni.
- Binder, A. (2013). *Tensiones Políticas – Criminales en el Proceso Penal*. BLG. (1ª. ed.) Buenos Aires – Argentina.
- Bottke, W. (2009). *Reflexiones sobre la Justicia Penal - Consecuencias Jurídicas del Delito*. Revista de Derecho Penal Tomo II. Editores Rubinzal. Buenos Aires- Argentina.
- Burgos, J. (2009). *Crítica al Nuevo Código Procesal Penal*. (1ª ed.). Grijley. Lima - Perú.
- Bustamante, R. (2001). *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. (1ª ed.). ARA. Lima-Perú.
- Carruitero, F. (2008). *Filosofía del Derecho. Selección de lecturas*. Lima- Perú.
- Castillo, J. (2002). *Principios del Derecho Penal. Parte General*. (1ª ed.). Gaceta Jurídica. Lima- Perú.

- Chiassoni, P. (2012). *Un Baluarte de la Modernidad - Defensivas sobre el Constitucionalismo Garantista*. Revista monográfica Doxa. N° 34. Editado por Marcial Pons. Madrid - España.
- Chinchay, A. (2016). *La Impugnación de las Sentencias Conformadas*. Gaceta Penal y Procesal Penal. Lima – Perú.
- Chinchay, R. (2010). El Derecho a la verdad y el nuevo proceso penal. En Academia de la Magistratura (Ed.), Revista Institucional, N° 9, Tomo II.
- Corcoy, M. (2010). *La Interpretación en Derecho Penal - Favor Libertatis versus Favor Securitatis*. Libro homenaje a Mir Puig. (1ª ed.). Edición Gráfica ISNB. Madrid – España.
- Coripuna, J. (2009). *El Debido Proceso en sede Penal. Nuevos contenidos Constitucionales. Derechos Constitucionales no escrito reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Gaceta Constitucional. Guía N° 3. Lima- Perú.
- Creus, C. (1993). *Derecho Penal y Criminología. Revista N° 3. de Derecho Penal*. Editado por la Universidad Nacional de Educación a distancia - Facultad de Derecho. Madrid – España.
- Demetrio, E. (2008). *Culpabilidad y Fines de la Pena - Con especial referencia al profesor Roxin*. Grijley. Lima - Perú.
- Dirk, F. *Lo que deja un Derecho Penal sin pena - Consecuencias jurídicas del delito*. Tomo II 009. Revista de Derecho Penal - Instituto de Ciencias Penales. Editores Rubinzal Asociados. Buenos Aires - Argentina.
- Espinoza (2003). “La Reforma del Proceso Penal Peruano”. A propósito de la ley de celeridad y eficacia procesal, publicado en internet, Lima- Perú.
- Espinoza (2014), Revista jurídica “La ley” número 4, año I, “¿Cómo cambiará el T.C con su nuevo precedente?”. (p. 47).

- Fabricius, L. (2009). Lo que deja un derecho penal sin pena. Consecuencias Jurídicas del delito. Instituto de ciencias penales.
- Feijhóo, B. (2002). *Las Teorías Relativas*. Tomo II - La Prevención Especial. Revista Peruana de Ciencias Penales. Edición Especial sobre el Código Penal Peruano. Revista N° 11. IDEMSA. Lima – Perú.
- Ferrajoli, L. (2007) *Principio Iuris - Teoría del Derecho y de la Democracia*. Tomo I. Trotta. Bologna - Italia.
- Ferrero, R. (1971). *Teoría del Estado*. Librería Studium. Lima - Perú.
- Friedman, W. (1966). *El Derecho en una Sociedad de Transformación*. Fondo de Cultura Económica. (1ª ed.). México.
- Gálves, T. (2001). *Delito de Enriquecimiento Ilícito*. IDEMSA. Lima - Perú.
- Gálvez, T. A. (2008). Delito de enriquecimiento ilícito. Lima, Perú: IDEMSA.
- Gálvez, T. (2001). Delito de enriquecimiento ilícito. Lima, Perú: IDEMSA.
- García, A. (2008). *Criminología - Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito. La prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente*. (1ª ed.). INPECCP. Lima - Perú.
- García, A. (2014). El proceso judicial versus el proceso mediático. Lima, Perú: [Editorial].
- Gómez, L. (2014). Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal. Gaceta Jurídica - Gaceta penal y procesal penal.
- Hobbes, L. (2007). *Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*. Tomo I. Grandes obras del Pensamiento. Lozada. Buenos Aires –Argentina.
- Hugo, S. (2015). *El nuevo delito de Sicariato y los esfuerzos políticos – criminales para sancionar los homicidios cometidos por lucro - precio recompensa y codicia*. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 74. Lima –Perú.

- Ibáñez, A. (2013). *Derecho Penal y crítica al Poder Punitivo del Estado*. Colección Ciencias Penales. Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancour. Tomo I. Ibañez. Bogotá - Colombia.
- Iberico, F. (2016). *La impugnación en el Proceso Penal – análisis doctrinario y jurisprudencia*. Instituto Pacífico. Lima – Perú.
- Jericó, L. (2014). *La atenuante de reparación del daño y su vinculación con los procesos de mediación penal. Dogmática del Derecho Penal*. Homenaje a Bernd Schuneman. Tomo II. Gaceta Penal y Procesal Penal. Lima - Perú.
- Kumm, M. (2011). *Más allá del Principio de Proporcionalidad - El Pluralismo Estructural de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*. Marcial Pons. Madrid – España.
- LLobet, J. (2013). *La actualidad del pensamiento de Becaría - A propósito del Homenaje a Nodier Agudelo Betancour*. Ibañez. Bogotá – Colombia.
- Loza, C. (2014). *Seguridad Ciudadana versus Delincuencia Amenazante - Seguridad y Sistema Penal*. Revista Anuario “Alerta informativa”. Alerta Editores. Lima - Perú.
- Maier, R. (2015). Estado Democrático de Derecho- Derecho Penal y procedimiento penal. En Gaceta jurídica - Gaceta penal.
- Mayta, C. (2014) *El endurecimiento del Derecho Penal - Una alternativa frente a la inseguridad ciudadana*. Alerta Editores. Lima - Perú.
- Mendizabal, L. (1931). *Tratado de Derecho Natural - Estudio Filosófico de las Instituciones Fundamentales y referencias críticas al Derecho Positivo*. (7ª ed.). Nueva Imprenta Radio. S.A. Madrid - España.
- Mendoza, F. (2012). *Formulismo Procedimental y Deformación de la Verdad - Las liturgias de poder manipular la verdad*. Libros Jurídicos San Bernardo. (1ª ed.). Lima – Perú.

- Mir, S. (1996). *Derecho Penal - Parte General*. (4ª ed.). Tecfoto. Barcelona - España.
- Moreno, M. (2014). *La nueva Legislación Procesal en México - La lucha por un modelo procesal y la influencia del sistema Procesal Penal Anglo Americano*. Tomo II. Homenaje a Bernd Schunemann. *Gaceta Penal y Procesal Penal*. (1ª ed.). Lima - Perú.
- Nakasaki, C. *Juicio Oral - Lo nuevo del Código Procesal Penal del 004*. Guía práctica N° . (1ª ed.). Lima - Perú.
- Parma, C. (2015). *Violencia, seguridad y miedos en el universo del Derecho Penal - Estudios de política criminal y Derecho Penal. Actuales tendencias*. *Gaceta Penal*. Tomo I. (1ª ed.). Lima - Perú.
- Peña, A. (2009). *El nuevo Proceso Penal Peruano*. *Gaceta Penal*. (1ª ed.). Lima – Perú.
- Peña, A. (2011). *Los medios de impugnación en el Código Procesal Penal - Problemas de aplicación del Código Procesal Penal*. *Gaceta Jurídica*. Manual N° 3. (1ª ed.). Lima – Perú.
- Peña, J. (2011). Los medios de impugnación en el código procesal penal, problemas de aplicación del código procesal penal del 004. Lima, Perú: *Gaceta Jurídica*.
- Pereira, J. (2010). El Derecho Penal Constitucional- interpretación y aplicación. En Pontificia Universidad Católica del Perú (Ed.), *Judicialización de Violaciones de Derechos Humanos, Aportes sustantivos y procesales*.
- Pérez, M. (2008). *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*. Tirant lo Blanch. Valencia – España.
- Pérez, V. (2008). *Ética Jurídica*. Editado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Lima – Perú.
- Platón. (1988). *La Política*. Mercurio S.A.

- Prado (2015). Prólogo “Estudios de política criminal, actuales tendencias”, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima – Perú, (p. 19).
- Prado, V. (2015). *Estudios de Política Criminal - actuales tendencias*. Gaceta Jurídica. Tomo I. Lima - Perú.
- Prado, V. (2016). *Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro punitivo y nuevo marco penal*. IDEMSA. Lima - Perú.
- Ramunni, O. (2011). *Filosofía - Cuaderno de Derecho y Ciencias Políticas*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima - Perú.
- Reáteguí, J. (2011). *Derecho Penal y Política - La influencia de los acuerdos políticos en las decisiones jurídicas penales*. Casa. Editores Blancas. Lima - Perú.
- Recasen, L. (1959). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. (2ª ed.). Porrúa – México.
- Recasens, A. (1959). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Porrúa S.A.
- Renard, G. (1949). *El Orden y la Razón*. DEDEBEC. Buenos Aires – Argentina.
- Rosas, J. (2015). *La prueba en el delito de Lavados de Activos*. (1ª ed.). Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
- Salas (2008). “Control Judicial en el Estado Constitucional”, Revista Institucional Nro. 8, Academia de la Magistratura, artículos y ensayos en torno a la reforma del sistema procesal penal y apuntes sobre la justicia Constitucional.
- Salas (2010). “Principios fundamentales del nuevo proceso penal”, Editado por Gaceta penal “La prueba en el código procesal penal.
- Salas, C. (2012). *La Actividad Probatoria en el nuevo Proceso Penal - recolección, ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de la prueba*. Gaceta Penal y Procesal Penal. (1ª ed.) Lima - Perú.

- Salas, P. (2010). Principios fundamentales del nuevo proceso penal. En *Gaceta penal* (Ed.), La prueba en el código procesal penal.
- Salas, P. (2012). La actividad probatoria en el nuevo proceso penal. En *Gaceta penal - Procesal penal*.
- Salas, S. (2008). *Control Judicial en el Estado Constitucional. Revista Institucional Nro. 8. Artículos y Ensayos en torno a la Reforma del Sistema Procesal Penal y apuntes sobre la Justicia Constitucional*. Academia de la Magistratura. Lima – Perú.
- Salazar, N. (2004). *Derecho Penal y Bienes Jurídicos*. Revista Peruana de Ciencias Penales N° 14. IDEMSA Lima - Perú.
- Salazar, P. (2012). *Garantismo y Constitucionalismo - Un debate sobre el Constitucionalismo*. Revista Monográfica Doxa N° 34. Marcial Pons. Madrid - España.
- San Martín, C. (2006). *Derecho Procesal Penal*. (2ª ed.). Tomo II. Grijley. Lima - Perú.
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal – Lecciones*. INPECCP. Lima - Perú.
- Sandel, M. (2012). *Justicia - ¿Hacemos lo que debemos?*. (1ª ed.). DEBOLSILLO, Barcelona – España.
- Scheerer, S. (2002). La pena criminal como herencia cultural de la humanidad. *Revista peruana de doctrina y jurisprudencias penales*, 3.
- Scheerer, Sebastián. La pena criminal como herencia cultural de la humanidad, 002, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nro. 3, editorial Grijley, Lima – Perú.
- Sequeiros, I. (2016). *La suspensión de la pena privativa de libertad - Una evaluación en torno a nuestra realidad*. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 79. Lima - Perú.

- Silva (2006). “La expansión del Derecho penal”, Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales. Editorial IB de F, Buenos Aires – Argentina, segunda edición, (p. 83).
- Silva, H. (2010). La primera lesión del Derecho Penal. Libro homenaje a Santiago Mir Puig. Editorial la ley.
- Silva, J. (2006). *La expansión del Derecho Penal - Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Posindustriales*. IB, Buenos Aires - Argentina.
- Silva, J. (2010). *La primera lección del Derecho Penal - Libro homenaje a Santiago Mir Puig, Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*. (1ª ed.) La Ley. Madrid - España.
- Sosa, J. (2009). *Nuestro Neo constitucionalismo - Pautas para interpretar la Constitución y los Derechos Fundamentales*. Gaceta Constitucional – Gaceta Jurídica Guía N° 6. Lima - Perú.
- Taruffo, L. (2006). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. Academia de la Magistratura.
- Urquiza, J. (2010). Necesidad de limitar la intervención penal. Lima, Perú: [Editorial].
- Vásquez, M. (2008). *Las Garantías Constitucionales - Manual de Derecho Constitucional del Perú*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima - Perú.
- Velásquez, P. (2009). *Restricción del Derecho Fundamental a la Inviolabilidad del Domicilio en el Proceso Penal - El Derecho Penal y Procesal Penal en la Constitución*. Gaceta Constitucional – Gaceta Penal, guía N° 4, Lima – Perú.
- Villalobos, M. (2004). *La finalidad del Derecho*. RAO, Lima - Perú.
- Villegas, A. (2015). *El advenimiento del paradigma del Estado Constitucional - La universalidad de los derechos humanos y el reconocimiento de la presunción de inocencia en los tratados internacionales*. Gaceta Jurídica, Lima - Perú.

- Villegas, M. (2013). La presunción de inocencia y su plasmación como garantía constitucional del proceso penal. En *Gaceta penal y procesal penal, Principios fundamentales del nuevo proceso penal*.
- Villegas, M. (2013). La presunción de inocencia y su plasmación como garantía constitucional del proceso penal. *Gaceta penal y procesal penal*.
- Vizcardo, M. (2015). El nuevo delito de sicariato y los esfuerzos políticos-criminales para sancionar los homicidios cometidos por lucro, precio, recompensa y codicia. En *Gaceta penal y procesal penal, tomo 74*.
- Wolfgang, G. (2014). *Cuestiones fundamentales del Derecho Penal*. Jurista Editores. Lima - Perú.
- Zaffaroni, E. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (1ª ed.) Buenos Aires – Argentina.
- Zimring, F. (1973). *La utilidad del castigo - Estudio sobre el crimen y su represión*. Asociados S.A – México.

IX. ANEXOS

Anexo 1: Matriz de Consistencia

Título: El excesivo garantismo y sus efectos perniciosos en el proceso penal peruano

Autor: Eduardo Torres Gonzáles

Problema	Objetivos	Hipótesis	Variables	Descripción Y Métodos	Población y muestra
<p>Problema general PP: ¿De qué manera el excesivo garantismo genera efectos perniciosos en el proceso penal peruano?</p>	<p>Objetivo General Determinar como el excesivo garantismo genera efectos perniciosos en el proceso penal peruano.</p>	<p>Hipótesis General El excesivo garantismo genera efectos perniciosos en el proceso penal peruano.</p>	<p>Variable independiente: Excesivo Garantismo Variable dependiente: Efectos Perniciosos</p>	<p>Tipo de investigación: De acuerdo a Souza Minayo, M. (2003). Por el enfoque y naturaleza de la información será cualitativa. Nivel de investigación: Según Mejía, J. (2004). Descriptivo, consistirá en un examen intenso de las características del objeto de estudio, las sentencias. Diseño de investigación: Según Sandoval, C. (2002). Hermenéutica, con orientación hacia el análisis de contenido. Métodos: Deductivo Inductivo Analítico Sintético</p>	<p>Población: 300 sentencias Tamaño de la muestra: La muestra será igual a 00 participantes</p>
<p>Problemas específicos ¿Cuál es el nivel de influencia del excesivo garantismo en el proceso penal peruano? ¿Cuáles son los factores que originan el excesivo garantismo?</p>	<p>Objetivos específicos Identificar el nivel de influencia del excesivo garantismo en el proceso penal peruano Identificar cuáles son los factores que originan el excesivo garantismo</p>	<p>Hipótesis específicas El nivel de influencia del excesivo garantismo en el proceso penal peruano es directo y significativo. Existen factores que originan el excesivo garantismo en el proceso penal peruano.</p>			

Anexo 2: Operacionalización de variables (datos de encuestas)

Variabales	Indicador	Aspectos	Ítems
Variable independiente: Excesivo Garantismo	Control Social Legalidad Jurisprudencia	Ético Jurídico Social Legal Cultural	Pregunta N° 4: ¿Considera que el apego irrestricto a las garantías procesales favorece al buen desarrollo de la administración de justicia? Pregunta N°.6 ¿En su opinión, el actual proceso penal es excesivamente formalista? Pregunta N° 7 ¿Considera usted que los jueces asumen un criterio prevaleciendo desmedidamente a las garantías? Pregunta N° 8 ¿Se ciñe Usted a los criterios muy garantistas que exponen los magistrados supremos en sus acuerdos plenarios?
Variable dependiente: Efectos Perniciosos.	Criminalidad Impunidad Lentitud Procesal Victimización del Delincuente	Económico Social Cultural	¿Pregunta N° 9 ¿En su opinión, los procesos penales se resuelven de manera pronta y oportuna? Pregunta N° 10 ¿Confía usted en la administración de justicia?

Anexo 3: Instrumento de Recolección De Datos

Encuesta a Funcionarios Públicos sobre el Garantismo

Cargo que ocupa en la actualidad: (Marque con una X su respuesta)

Juez () Fiscal () Asesor ()

Ayudantes judiciales () Abogados en libre ejercicio ()

Pregunta N° 1: ¿Es posible sustituir el juicio oral, como mecanismo idóneo, para resolver una causa penal?

No ()

Si ()

Pregunta N° : ¿Considera que los mecanismos de simplificación afectan los efectos preventivos generales de la pena?

No ()

Si ()

Pregunta N° 3: ¿Está usted de acuerdo con la prueba de oficio?

No ()

Si ()

Pregunta N° 4: ¿Considera que el apego irrestricto a las garantías procesales favorece al buen desarrollo de la administración de justicia?

No ()

Si ()

Pregunta N° 5: ¿El procedimiento especial conocido como “proceso inmediato” cumple con los fines de protección previstos en la norma, en un marco de respeto de las garantías y de los principios básicos del proceso penal constitucional?

Excelente () Muy Buena ()

Buena ()

Regular ()

Pregunta N° 6 ¿En su opinión, el actual proceso penal es excesivamente formalista?

Poco formalista () Regularmente formalista () Muy Formalista ()

Pregunta N° 7 ¿Considera usted que los jueces asumen un criterio prevaleciendo desmedidamente a las garantías?

Algunas veces () Mayormente () Siempre () Nunca ()

Pregunta N° 8 ¿Se ciñe Usted a los criterios muy garantistas que exponen los magistrados supremos en sus acuerdos plenarios?

Muchas veces () Rara vez () Siempre ()

Pregunta N° 9 ¿En su opinión, los procesos penales se resuelven de manera pronta y oportuna?

Muchas veces () Pocas veces () Nunca ()

Pregunta N° 10 ¿Confía usted en la administración de justicia ?

Regularmente () Plenamente () No confía ()