

mentalidade  
inquisitória e  
processo  
penal no  
Brasil

5

ESCRITOS EM  
HOMENAGEM AO  
PROF. DR.  
JACINTO NELSON DE  
MIRANDA COUTINHO

Justicia Penal Economicista:  
¿Derechos Humanos o Capital?

**Sergio J. Cuarezma Terán**  
**Diego Cuarezma Zapata**

Separata

## Os organizadores:

**Marco Aurélio  
Nunes da Silveira**

Professor Adjunto de Direito  
Processual Penal da UFPR.  
Doutor em Direito do Estado  
(UFPR). Mestre em Direito das  
Relações Sociais (UFPR).  
Coordenador do Bacharelado em  
Criminologia do Centro  
Universitário Curitiba  
(UNICURITIBA). Presidente do  
Observatório da Mentalidade  
Inquisitória.

**Leonardo Costa de Paula**

Professor da Faculdade CNEC-  
RJ. Doutor em Direito do Estado  
(UFPR). Mestre em Direito  
Público (UNESA). Vice-presidente  
da Comissão Nacional Científica  
e Acadêmica da ABRACRIM.  
Coordenador da EBD CRIM. Vice-  
presidente do Observatório da  
Mentalidade Inquisitória.

# **MENTALIDADE INQUISITÓRIA E PROCESSO PENAL NO BRASIL**

**Escritos em homenagem ao  
Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

**VOLUME 5**

FICHA CATALOGRÁFICA

M549	Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: volume 5 / Organizadores: Marco Aurélio Nunes da Silveira; Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. (Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil; 5) 800 p. ISBN: 978-85-53151-09-7 1. Processo penal. 2. Reforma processual penal. I. Nunes da Silveira, Marco Aurélio. II. Paula, Leonardo Costa de. III. Título. V. Série CDU: 343.1
------	--

OBSERVATÓRIO DA MENTALIDADE INQUISITÓRIA

<b>Presidente de Honra</b>	Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
<b>Presidente</b>	Marco Aurélio Nunes da Silveira
<b>Vice-presidente</b>	Leonardo Costa de Paula
<b>Diretora Executiva</b>	Camilin Marcie de Poli
<b>Coordenador de Pesquisa</b>	Giovani Frazão Della Villa
<b>Coordenador de Ensino</b>	Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
<b>Coordenador Editorial</b>	Marco Aurélio Nunes da Silveira
<b>Conselho Editorial</b>	Fauzi Hassan Choukr Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro Jacinto Nelson de Miranda Coutinho Jacson Luiz Zilio Leonardo Costa de Paula Marco Aurélio Nunes da Silveira Marília Denardin Budó Maurício Stegemann Dieter Priscilla Placha de Sá Victoria-Amália de B. C. Gozdawa de Sulocki
<b>Editor-chefe</b>	Marco Aurélio Nunes da Silveira
<b>Assistente editorial</b>	Muriel Brenna Volz
<b>Endereço</b>	Rua Washington Mansur, n. 343 - Bairro Ahú Curitiba - Paraná - CEP 80.540-210 <a href="http://www.observatoriomi.org.br">www.observatoriomi.org.br</a>

Os direitos de edição deste livro são reservados ao Observatório da Mentalidade Inquisitória. É vedada a edição ou reprodução, total ou parcial, deste livro, sob qualquer forma ou denominação, sejam quais forem os meios empregados, sem permissão expressa e por escrito.

# JUSTICIA PENAL ECONOMICISTA: ¿DERECHOS HUMANOS O CAPITAL?

Sergio J. Cuarezma Terán<sup>1</sup>  
Diego Cuarezma Zapata<sup>2</sup>

## 1 A MANERA DE INTRODUCCIÓN

La solidez de las instituciones de justicia y del Estado de Derecho, en cualquier país, constituye la base del buen funcionamiento de las instituciones políticas y de los procedimientos democráticos. Hay un vínculo axiológico y práctico entre la calidad del Estado de Derecho y la estabilidad política y el desarrollo económico y social de la sociedad. Esta correlación de las sociedades y una creciente expectativa que se vincula con estándares de mayor acceso a los sistemas de justicia y de resolución de conflictos, es un derecho a la satisfacción de los derechos y garantías de la población. Actualmente el desarrollo debe sustentarse en mayores niveles de equidad y de acceso de todas las personas a las oportunidades. Estas condiciones de equidad, participación y seguridad, suponen la existencia de instituciones públicas fuertes, ágiles, transparentes y eficaces, especialmente de la justicia, pero una independiente e imparcial, un árbitro que pueda hacer respetar las reglas (previas) del juego democrático y generar, en consecuencia, seguridad jurídica.

---

<sup>1</sup> Profesor e investigador de Derecho penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. [www.sergiocuarezma.com](http://www.sergiocuarezma.com)

<sup>2</sup> Asistente de investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

## 2 EL NUEVO ROL DE LA JUSTICIA

La justicia (y su reforma), en esta línea de pensamiento, viene ocupando, aunque con lentitud, un plano importante dentro de los temas políticos e institucionales de la región. La razón de ello es evidente, los países no habían enfrentado con la profundidad requerida y, por tanto, el tratamiento debido a la cuestión de la justicia, la cual ha evolucionado muy lentamente en el pasado siglo.

Para el profesor Ramón de la Cruz Ochoa, «la desigualdad entre desarrollo económico y político, incluso institucional con la organización de la Justicia ha contribuido al agotamiento y deterioro de las estructuras y procedimientos judiciales, y a la llamada «crisis» de la que tanto se habló en la postrimería del siglo XX».<sup>3</sup>

Esta crisis de la justicia y su reforma se manifestó en un proceso mundial de cambios y transformaciones de los sistemas políticos a nivel mundial, por ejemplo, el desmantelamiento de los regímenes socialistas, la aparición de un nuevo orden político y el nacimiento de la globalización, en la cual, la economía y las finanzas ocupan una atención singular. Estos cambios, entre otros, obligaron a que el tema de la justicia, pasara a considerarse no «sólo factor de desarrollo», sino «destinada a impulsar el desarrollo». Así, la justicia, y particularmente la penal, que en su inicio postulaba como fundamento para su reforma la promoción y la tutela de los derechos humanos, comienza a verse en estrecha relación con el desarrollo económico (justicia y economía), como un presupuesto para la seguridad de las inversiones económicas, financieras y empresariales, y por tanto, asegurar las grandes inversiones extranjeras directas en la región. La justicia y su importancia, pasa pues, de un interés «local» a un interés «regional», y, su fundamentación del plano de los «derechos humanos», al plano predominantemente «económico». Recientemente, por ejemplo,

---

<sup>3</sup> De La Cruz Ochoa, Ramón, *Reforma de la Administración de Justicia en América Latina*, Conferencia Pronunciada en el Congreso de la Asociación Americana de Juristas celebrado en La Habana, Cuba, 18 de octubre, 2000.

en junio de 2017 (Miami) y octubre de 2018 (Departamento de Estado), EEUU, México y los países centroamericanos del triángulo norte debatieron sobre emigración, inversión y seguridad. En el **primer encuentro, denominado, *La Conferencia de Prosperidad y Seguridad en Centroamérica***, que se realizó en Florida International University, en Miami, fue inaugurada por el secretario de Estado, Rex Tillerson, quien anunció la necesidad de “reforzar la seguridad nacional y proteger las fronteras de Estados Unidos”, con el fin de evitar la migración ilegal, resaltando que “un desarrollo económico sin seguridad no es posible la estabilidad”<sup>4</sup>. En la segunda conferencia, también denominada *La Conferencia de Prosperidad y Seguridad en Centroamérica* con la emigración como uno de sus temas centrales, se analizaron los avances de los proyectos realizados en el área y las políticas para promover la inversión, facilitar el crecimiento sostenido y mejorar las condiciones a favor de los negocios privados. Asimismo, el combate el crimen organizado, la reducción de la violencia, la promover la cooperación en seguridad y detener la inmigración ilegal. Los gobiernos de El Salvador, Guatemala y Honduras, instituciones financieras y el sector privado anunciaron al término de la primera conferencia una inversión conjunta de dos mil 500 millones de dólares en proyectos de energía, transporte, agua y turismo en esos países; y las administraciones asumieron el compromiso de realizar cambios para mejorar el clima de negocios y la transparencia, y agilizar los procesos de formalización empresarial.”<sup>5</sup> Los derechos humanos, no fue tema de agenda. La justicia, expresa John Rawls en la *Teoría de la justicia*, está íntimamente relacionada a la satisfacción de los bienes sociales, que permitirán el mejoramiento de las oportunidades de las personas. Este sería, como expresa Gago Priale, “el centro de la estructura de la sociedad: de un lado, la mayoría de libertades de la tradición liberal y democrática, y por el otro, el establecimiento de un cuadro institucional que permita la distribución de la renta y la riqueza de manera tal que asegure la igualdad de oportunidades.”<sup>6</sup>

La viabilidad de todo desarrollo depende, sin duda, de la estructuración de las instituciones públicas y legales, que organizan políticamente a la sociedad. Sin estas, entre las cuales destaca la justicia

<sup>4</sup> Diarios las Américas. 15 de junio de 2017. <https://www.diariolasamericas.com/florida/paises-centroamerica-se-reunen-miami-el-gobierno-trump-n4124442>

<sup>5</sup> NODAL noticias de América Latina y el Caribe. <https://www.nodal.am/2018/10/presidentes-del-triangulo-norte-centroamericano-se-reunen-con-mike-pence-en-eeuu/>

<sup>6</sup> *Ibidem*.

(independiente), la comunidad carece de norte y de medios para definir y realizar sus intereses y expectativas comunes. Así, el desarrollo de una sociedad está condicionado, entre otros factores, por un Estado de derecho convencional, constitucional y de justicia cuyo desempeño sea eficiente y eficaz. Los derechos humanos en la dialéctica del desarrollo juegan un papel fundamental de *principios verdaderos* del sistema institucional, que definen el modelo constitucional. Esta inescindible correlación llevó a Pérez Luño<sup>7</sup> a considerar

el estrecho nexo de interdependencia genético y funcional, entre el Estado de derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican su realización al Estado de derecho.

Por esta razón, dice Pérez Luño<sup>8</sup>,

cuanta más intensa se revela la operatividad el Estado de derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. De igual modo que en la medida en que se produce una vivencia de los derechos fundamentales se refuerza la implantación del Estado de derecho” Esto, obviamente, es imposible en sociedades donde no hay constituciones políticas o habiéndolas no hay división de poderes, es decir, en sociedades gobernadas por un Estado absoluto, porque es incompatible con las libertades individuales y políticas. En el estado policial del absolutismo, “el ejecutivo solo necesitaba una orden del soberano para justificar sus actuaciones” en cambio el Estado de derecho “era considerado el hecho de que cualquier acto que interfiriera con la vida de los ciudadanos debía adoptarse *en virtud de una ley*”<sup>9</sup>. Esto hace que la importancia del Estado de derecho radique en el “principio general de que toda actuación del Estado debe ser calculable y previsible. Sólo puede existir seguridad jurídica allí donde los ciudadanos saben con

<sup>7</sup> Pérez Luño, A, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 5 edición, Madrid, 1993, p. 19.

<sup>8</sup> Pérez Luño, A, op. cit., p. 26.

<sup>9</sup> Birkenmaier, W., “El Estado de derecho la República Federal Alemana”, en AA. VV., *La noción del Estado de derecho: evolución histórica y elementos, Estado de derecho y democracia*, Konrad -Adenauer- Stiftung Buenos Aires, 1997, p. 85.

exactitud, qué es lo que el Estado puede hacer y qué es lo que ellos mismos deben hacer o dejar de hacer.<sup>10</sup>

La justicia desde esta perspectiva, es un mecanismo para el mejoramiento de la calidad de vida y un factor destinado a impulsar el desarrollo, sin perjuicio que no tenga un modelo de desarrollo predeterminado, ya que cada sociedad lo determina según sus necesidades; para este supuesto, es lo justo, lo cual equivale a un bien tangible, relacionado a lo objetivo y socialmente demarcable, no la justicia trascendental<sup>11</sup>. Por esta razón los insumos del desarrollo “deben de provenir del derecho y de la habilidad del Estado de generar o incentivar un sistema jurídico que permita a la sociedad plural articularse internamente y retroalimentarse permanentemente con el mismo Estado.”<sup>12</sup> Esto permite que el desarrollo se convierta en un proceso de “expansión de las libertades reales de que disfrutaban los individuos”, como expresó Amartya Sen, Premio Nobel de Economía de 1998. Para este desarrollo, es fundamental la eliminación de las fuentes de privación de libertad: “la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas, el abandono de los servicios públicos, la intolerancia o el exceso de intervención de los Estados represivos”. La idea de Sen, según Gago Priale, “es el del desarrollo en su acepción integral: humano, social, económico, también político e institucional, y de la libertad real igualmente plena: economía, civil, política. Desarrollo y libertad, entonces, se entrelazan y retroalimentan, no existen ni se dan, menos se hacen sostenibles por su cuenta, mas bien depende el uno de la otra. De la respuesta a la pregunta cuán libres realmente son los ciudadanos de un país de las varias cadenas que existen: pobreza, ignorancia, exclusión, depende el saber si ese país (nuestro país) es nada, poco o mucho desarrollado”<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Besson, W. y otro, “Elementos del Estado de derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público” en AA. VV. *Elementos del Estado de derecho como garante de los derechos humanos y de la democracia, Estado de derecho y democracia*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Buenos Aires, 1997, p. 125.

<sup>11</sup> Gago Priale, H., op. cit., p. 50.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

### 3 LA REFORMA DE LA JUSTICIA EN UNA SOBERANÍA LIMITADA

Esta reforma regional, y la visión renovada de la justicia como “impulsora del desarrollo” económico, pasa además por un momento de transnacionalización de sus Estados y de sus soberanías “limitadas”. Mediante estos procesos, señala el profesor de la Universidad de Western, Ontario, Andrés Pérez Baltodano<sup>14</sup>, «el Estado transfiere importantes cuotas de poder a los centros transnacionales alrededor de los cuales se organiza la globalización, adquiriendo niveles de inmunidad ante las sociedades de estos Estados. Todo ello deteriora los poderes nacionales o bien, anula todo intento de construcción de un Estado originado del consenso contractual de la sociedad. La pérdida del poder de los Estados es parte de la globalización, reduce a los actores nacionales a la impotencia frente a los problemas reales que se plantean en sus comunidades».

Para Zaffaroni<sup>15</sup>, la globalización, «como momento de poder mundial consecuente de la revolución tecnológica, presenta una serie de contradicciones, pero el elemento más notorio es la pérdida de poder por parte de los Estados nacionales». Bob Jessop citado por Andrés Pérez Baltodano<sup>16</sup>, plantea que

el aparato estatal transnacionalizado sufre una pérdida progresiva de unidad en términos de la coherencia vertical entre los diferentes niveles de organización, y de coordinación horizontal entre las diferentes áreas de actividad estatal. En estas condiciones, el Estado pierde capacidad para promover la integración social y la formación de identidades políticas nacionales. La transnacionalización del Estado en la región, además, obstaculizará las posibilidades de desarrollo de verdaderas sociedades civiles fundamentadas en estructuras efectivas de derechos ciudadanos. La transnacionalización del Estado disminuye significativamente la capacidad de la política democrática y de la participación política organizada como fuerzas constitutivas de la Nación. La

<sup>14</sup> Pérez Baltodano, Andrés, “El futuro de las identidades políticas de América Latina”, Confidencial, en Semanario de Información y Análisis, n° 233, 2001, p. 1.

<sup>15</sup> Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, 2000, p. 10-11.

<sup>16</sup> Pérez Baltodano, op. cit., p. 2.

pérdida de poder local crea normas y valores determinados por la racionalidad e intereses del poder transnacional que condicionan a los estados nacionales debilitados e inducen a las sociedades a aceptarlos como parte del progreso.

Un ejemplo de esta exigencia, es la reforma de la justicia, la cual, y en particular, de la penal, fueron condicionadas de forma exógena, y no se construyeron desde las particulares necesidades, valores y contradicciones de la sociedad, sino, como expresa Daniel Giarone<sup>17</sup>, para “someter a los poderes judiciales y a evitar que los tribunales se conviertan en un escollo mayor del que hoy representan” en el actual orden mundial y latinoamericano, “justo cuando los Estados Unidos intentan afianzar su hegemonía en la región a través del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA) y los Estados nacionales resignan el ejercicio de su soberanía frente a las exigencias de los organismos internacionales de crédito y el capital financiero transnacional”, en tal punto, que “las bases conceptuales de la reforma de la justicia fueron sentadas por las entidades multilaterales fundamentalmente por el Banco Mundial, quien comenzó a sistematizarlas a partir de 1992”. Siempre bajo este criterio, Germán Burgos, investigador colombiano de los procesos reformistas, establece que “para el Banco Mundial, el BID y el FMI, la necesidad de reformas de los marcos legales en los países en vías de desarrollos, aparece como condición central para el éxito del modelo económico orientado por el mercado”<sup>18</sup>.

En esa línea de pensamiento, podemos observar que la reforma regional de la justicia (sin perjuicio de sus aspectos positivos), estuvo inducida o condicionada por los países centrales o industrializados para optar a un nuevo modelo de justicia y, por su coste, a menor acceso a la justicia, nos referimos al *Common Law*. Este sistema de tradición anglo-sajona, como advierte Umaña<sup>19</sup>, «desarrollado en principio en el

<sup>17</sup> Giarone, Daniel, Disponible en World Wide Web: <http://www.visionjusticia.f2s.com/justiciaSA.htm>, 2001, p. 1.

<sup>18</sup> Giarone, D., op. cit., p. 1-2.

<sup>19</sup> Umaña, Mario, *Inversión Extranjera Directa en Centro América: el rol de la seguridad jurídica*, 2002. Documento en proceso, disponible en World Wide Web: <http://www.incae.edu/es/clacds/publicaciones/pdf/cen443.pdf>, p. 28.

Reino Unido y traslado posteriormente a Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, está basado en el precedente judicial, más que la legislación escrita. Se contrasta con el sistema de la tradición del Derecho Civil o Tradición Romano Germánica donde la fuente primaria del derecho es la norma escrita». A pesar que, como expresa Lawrence M. Friedman<sup>20</sup>,

el sistema del «Common law» es complicado por naturaleza, para saber lo que dice el Derecho deberíamos (en teoría) buscar y rebuscar los casos publicados, volumen tras volumen. El Derecho hecho por los jueces es, en los Estados Unidos, con sus cincuenta estados, particularmente desordenado, contradictorio e incongruente. Resulta más claro y conciso redactar un código de normas jurídicas. Quizás resulte más correcto puesto que, desde un principio, se sabe con claridad lo que dice el Derecho. Como señalaba el filósofo inglés Jeremy Bentham, a principios del siglo diecinueve, los jueces del «Common law» elaboran las normas de la misma manera «como lo haría un hombre para con su perro. Cuando se quiere impedir que el perro haga algo que el dueño no quiere, se espera hasta que lo haga y entonces, se le castiga por ello», Los sistemas de Derecho civil, con sus códigos lógicos y bien estructurados *parecían*, al menos, muchos más racionales.

Para Gómez Colomer<sup>21</sup>, las diferencias entre el Common law y el de Civil law, son tan grandes, “que repercuten en cualquier institución jurídica que se considere. Si esta es procesal, las diferencias pueden ser y de hecho son abismales”

#### 4 LA NATURALEZA DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA.

En el contexto de este proceso complejo de reforma de la justicia, como expresa Ramón de la Cruz Ochoa<sup>22</sup>,

<sup>20</sup> Introducción al Derecho norteamericano, 1988, p. 108.

<sup>21</sup> La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional. En la prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales, Luis Miguel Reyna Alfaro (Director), 2007, p. 226

<sup>22</sup> De La Cruz Ochoa, R., op. cit.

no debe sorprendernos que las reformas económicas, estructurales que se vienen llevando a cabo en muchos países en desarrollo impulsan a los de la región a abordar la reforma de la justicia como complemento necesario a la reforma económica y no como en lo que en realidad debe ser, un camino para el mejoramiento del Estado de Derecho y de la democracia y de mayor respeto para los derechos humanos.

Lo cierto es que ambas categorías merecen tutelas, los derechos humanos y la seguridad de las inversiones, cada cual con sus matices, la primera, por ser fundamento vital del Estado de Derecho, y la segunda, para la promoción de las inversiones y el consecuente desarrollo económico de la región.

Hay un acuerdo común respecto a que el proceso de liberación económica que vive la región, plantea relevantes exigencias de reformas legales e institucionales, encaminadas a asentar estratégicamente esos procesos y, a la vez, para hacer frente a las múltiples desigualdades sociales heredadas y provocadas por modelos económicos desprovistos de un perfil humanístico en su esencia de funcionamiento.

Para De la Cruz Ochoa<sup>23</sup>,

la reforma de los sistemas de justicia ha sido estimulada en gran medida por actores internacionales económicos, países desarrollados donantes y otras instituciones internacionales.

Estas ocurren en el marco de la modernización del Estado y se ofrecen como argumento los vínculos estrechos entre crecimiento económico y sistemas legales y de justicia eficaces, informalizados, accesibles, previsibles, entre otros. Esta cruzada internacional por la transformación legal y judicial llevada a cabo por muchas agencias internacionales no tiene en cuenta las justificaciones y el sentido político de la reforma legal y de la administración de justicia judicial que deben tener en la región y sólo su preocupación económica asume y promueve las reformas como cambios técnicos necesarios para una modernización adecuada del Estado y un crecimiento económico guiado por el mercado.

<sup>23</sup> *Ibidem.*

Estas reformas, para Giarone<sup>24</sup>, denominadas de segunda generación, constituyen el complemento político de las reformas macroestructurales. “A principios de los ’90, a través del llamado Consenso de Washington, los Estados Unidos se propusieron adaptar la economía latinoamericana a las nuevas bases del capitalismo mundial. El protagonismo del capital privado en el marco de la economía de mercado, la redefinición del rol del Estado, las privatizaciones de empresas públicas y la reducción del déficit fiscal constituyeron los cimientos de las nuevas políticas diseminadas en la región. La seguridad jurídica para los grandes inversores y la legalidad de las nuevas reglas de juego pasaron a ser una cuestión esencial”.

Esta tendencia de la reforma judicial desarrollada exclusivamente con lineamientos técnicos y económicos, como lo plantea De la Cruz Ochoa, sin atender el tema de los derechos humanos, debe de generar una atención y preocupación particular en la sociedad regional, y nacional, porque incide en la vida cotidiana de las personas en sus países. Es decir, si el enfoque de la reforma de la justicia está orientada a lo económico, sin duda, este modelo de justicia (economicista) determinará, queramos o no, el contenido de la reforma de la justicia, el modelo y la función de las instituciones de la administración de justicia y su normativa orgánica, sustantiva y procesal. Esto sucedió en el modelo económico colonial, que para su seguridad estableció el modelo de justicia penal inquisitivo (europeo continental), como expresión de dominio hegemónico de aquel momento histórico. Por su parte, hoy, el modelo de mercado económico de la globalización impone su propio modelo de justicia penal, el modelo acusatorio (con un fuerte componente inquisitivo).

Dichos en palabras más sencillas, “el nuevo modelo económico necesita legitimarse a través de su legalización”<sup>25</sup>. Este autor recuerda que durante la "Conferencia del Banco Mundial sobre la Reforma Judicial en América Latina y el Caribe", realizada en Washington durante el 13 y 14 de junio de 1994, la entidad crediticia estableció que la reforma judicial "debe promover un ambiente judicial y jurídico que sea el

<sup>24</sup> Giarone, D., op. cit., p. 2.

<sup>25</sup> Giarone, D., op. cit., p. 3.

instrumento que haga posible la financiación, la inversión y el intercambio" y sugirió que "la implementación con éxito de cambios fundamentales de política en el ambiente empresarial y en el sector financiero requiere normalmente cambios igualmente fundamentales en el marco institucional y jurídico global".

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en el año 2000, en una investigación sobre la Seguridad Jurídica e Inversiones realizado en Centroamérica y Panamá<sup>26</sup> pone de relieve la relación justicia y economía. Esta investigación que trata, entre otras cosas, sobre el concepto de seguridad jurídica, sistema de registro, inseguridad ciudadana e inversión, expropiación e indemnización e inversión, protección a la propiedad intelectual e industrial e inversión extranjera, legislación ambiental y ordenamiento territorial ante la inversión extranjera, clima de negocios e inversión, competitividad e inversión, establece que

«para empresarios de sesenta y nueve países, son importantes para la inversión económica la credibilidad del Estado, la previsibilidad de las normas y de las políticas, las percepciones sobre la estabilidad política y seguridad de la propiedad, la relación Estado-Empresas, la incertidumbre creada por la ineficiencia del gobierno en la prestación de servicios, la importancia de la criminalidad, la confianza en la aplicación de la ley por la justicia, las trabas burocráticas y la importancia de la corrupción».

Los presidentes reunidos en la Segunda Cumbre, realizada en Santiago de Chile en abril de 1998, dos años antes de la investigación del PNUD, declararon estar "convencidos que una administración de justicia independiente, eficiente y eficaz, juega un papel esencial en el proceso de consolidación de la democracia; fortalece su institucionalidad; garantiza la igualdad de todos sus ciudadanos; y contribuye al desarrollo económico", por lo que se comprometieron a reforzar "nuestras políticas de justicia" y a impulsar "aquellas reformas que sean necesarias para promover la cooperación jurídica y judicial"<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Seguridad Jurídica e Inversiones, Acceso a la Justicia en Centroamérica y Panamá. San José, Costa Rica, 2000.

<sup>27</sup> Giarone, D., op. cit., p. 4. La negrita me pertenece.

## 5 LA GRAN REFORMA DEL SIGLO XX

En la región desde inicio de los años noventa, coincidentemente con el señalamiento del profesor de la Universidad de Múnich, BERND SCHUNEMANN, en su trabajo, *la marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo*, tiene inicio la reforma de la justicia penal, la “gran reforma del siglo XX”, como le denominaron algunos académicos.

Esta reforma implica la transformación del sistema de justicia en cada uno de sus componentes, la policía en el área de la investigación criminal, la reforma del código penal, el código procesal penal y la legislación penitenciaria de cada país, entre otras áreas. No obstante, pensamos que el impacto de mayor transcendencia se produjo en la reforma de carácter procesal penal, no solo por el cambio de sistema o modelo procesal (del inquisitorial al acusatorio), sino también por la fuente de donde se origina el mismo. La región asume un modelo propio del sistema jurídico comparado del *Common Law* y marca distancia con el europeo continental, del *Civil Law*, basado en la ley escrita.

El nuevo modelo procesal penal, instaura el modelo acusatorio. El impacto de este modelo radica, entre otros aspectos, en la exigencia de que exista una correlación entre la acusación y la sentencia, o como expresa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España 4/2002, 14 de enero, "nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse", y segundo, en la separación de los roles de las partes que intervienen en el proceso. Para que esto pueda ser posible, que el principio acusatorio tenga vigencia, la estructura del proceso penal de modelo acusatorio, separa con claridad las funciones de acusar y juzgar. Lo anterior, sumado a los principios del debido proceso y, en especial, al derecho a la defensa, que permite al acusado rechazar la acusación que contra él, en el marco de una audiencia oral y pública, dominada por el debate contradictorio.

Este principio, el acusatorio, para Gómez Colomer, es una garantía esencial del proceso penal, elevado a rango de derecho fundamental dentro del cual se encuentra la exigencia de la imparcialidad del juez, lo que supone la separación entre las funciones de instruir, acusar y

juzgar<sup>28</sup>. Para este autor, y partiendo del sentido original del término referido a la imparcialidad judicial, el principio acusatorio significa:

- a) No puede existir proceso sin acusación formulada por persona distinta a quien juzga;
- b) No cabe condena por hechos distintos ni persona distinta a los señalados en la acusación y;
- c) la imparcialidad del juzgador.

A diferencia del proceso acusatorio, el modelo inquisitivo es el enjuiciamiento penal que responde a la concepción absoluta del poder central, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad y la centralización del poder; todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano. El principio inquisitivo consiste en que el órgano jurisdiccional desarrolla su actividad en relación con uno o varios sujetos que se encuentran en posición pasiva respecto de esa actividad, es decir, el juez inicia de oficio las investigaciones y lleva el proceso adelante respecto de una sola parte (el imputado), frente a la cual investiga y dicta sentencia. El juez instructor, como director y artífice de la investigación, puede acordar todas las diligencias que considere convenientes o útiles para la comprobación del delito e identificación de los culpables; las partes personadas en el juicio pueden colaborar en la instrucción pidiendo la práctica de las diligencias que estimen oportunas, y que deben, en todo caso, acordarse por el juez si las considera conducentes, o no. Otro rasgo del proceso penal inquisitivo es el carácter escrito de las actuaciones, que permite revisar la cuestión en segunda instancia y aún en casación, compensando — y limitando — de esta manera los grandes poderes del juez inquisidor, que dicta sentencia de primer grado con base en sus averiguaciones.

El modelo procesal acusatorio, en cambio, exige que una parte distinta al juez promueva y sostenga una acusación o pretensión punitiva para que pueda iniciar el juicio penal y, en su caso, pueda condenarse al

---

<sup>28</sup> La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional. En la prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales, Luis Miguel Reyna Alfaro (Director), 2007, p. 226-227

acusado. En el principio acusatorio el acusador es persona distinta del juez. El Estado separa ambas funciones de acusar y juzgar en diferentes sujetos, para evitar que coincidan.

## 6 EL RETORNO DE VIEJAS POLÍTICAS AUTORITARIAS

Estas reformas de corte economicistas, han empujado a la región a importar políticas puramente represivas, como, por ejemplo, la denominada “ley y orden”, “tolerancia cero” o “Derecho penal del enemigo” que tienden a “criminalizar la pobreza”<sup>29</sup> y cualquier malestar social. Este tipo de política tiene un grave impacto en los derechos humanos, especialmente de los derechos fundamentales de las personas sometidas a investigación policial, controlada legal y fácticamente por los órganos represivos de seguridad. Esta política punitiva, en palabras de Eduardo Galeano<sup>30</sup>, no es otra que «la represión plan bestia, pócima mágica elogiada por los medios de comunicación, se descarga generalmente con saña sobre los sectores marginales y otras minorías».

La reforma abre la puerta para el retorno de la vieja concepción de la policía autoritaria del siglo XIX, contexto en el cual esta agencia represiva se originó, primero, como institución de carácter urbano y, segundo, con el objeto de cuidar o proteger, “la enorme concentración de riqueza y, a la vez, cuidar la “concentración” de la miseria”<sup>31</sup>. Precisamente, la globalización de la economía ha traído consigo, según palabras de Muñoz Conde<sup>32</sup>, un “aumento de una población subproletariada, con gran número de desempleados, escasa cualificación laboral, emigración ilegal (...) que lógicamente está abocada a la

<sup>29</sup> Muñoz Conde, F., *De la tolerancia cero al derecho penal del enemigo*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, 2009, p. 36.

<sup>30</sup> Galeano, Eduardo, *Patas Arriba, La Escuela del Mundo al Revés*, Siglo XXI editores, México, 1999, p. 88.

<sup>31</sup> Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, 2000, p. 9; Cuarezma Terán, Sergio et al. “La Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano: El Caso Nicaragua”, en AA. VV., *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*, Ambos, Kai, Juan-Luis Gómez Colomer y Richar Vogler. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Ltda., 2003, p. 423)

<sup>32</sup> Muñoz Conde, op. cit., p. 36-37.

delincuencia, o por lo menos a un cierto tipo de delincuencia de supervivencia”. Esta globalización del modelo económico, provoca una reducción del Estado social de derecho y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario, y la idea de tolerancia cero (menos garantías más represión) no es más que la expresión “de un pensamiento único sobre cómo proceder y prevenir la delincuencia, que se quiere extender a todo el mundo, independientemente de las diferencias económicas, culturales y sociales de cada país”<sup>33</sup>.

La reforma además, atribuye a las fuerzas públicas extensas facultades para la fase de investigación policial, esto sin contar o sumar las también extensas facultades que el Ministerio Público tiene derivadas tanto de sus leyes orgánicas como de la legislación procesal. Este tema es sensible, si tenemos en consideración que para el caso de los países donde la policía depende del Poder ejecutivo, esta situación hace además del poder que tienen, que se convierta en un factor distorsionante de la investigación. Cuando el Poder ejecutivo no quiere que se investigue, el fiscal queda sin la cooperación necesaria y, por ende, en imposibilidad de hacerlo. No basta que los códigos procesales penales digan que la policía tiene la facultad, según sea el caso, de investigar los delitos o faltas, puesto que es sabido, como expresa, y con razón, Zaffaroni<sup>34</sup>, «que ésta averigua si lo desea, es decir, que en caso contrario se limita a cumplir órdenes y está en condiciones de desviar gravemente la investigación con total impunidad, pues no tiene nadie capacidad de controlarla».

En este sentido, Zaffaroni<sup>35</sup> pone de manifiesto que el problema no se resuelve cambiando de nombre a las instituciones: si el Ministerio Público (el nombramiento del Fiscal General) depende del Poder ejecutivo (en el supuesto de que éste sea seleccionado por la Asamblea Nacional de la propuesta del Poder ejecutivo) y la policía una dependencia de éste, la investigación a cargo del mismo no sería un paso hacia el sistema acusatorio, sino la puesta de la investigación de todos

---

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, 2000, p. 7-11.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

los delitos bajo los dictados e intereses del Poder ejecutivo o, lo que es lo mismo, que la policía se haya transformado de *facto* en el Ministerio Público, y este en el brazo ejecutor de aquel.

El Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal (ILANUD) ha tratado este tema de forma muy amplia. En el 2007, diecisiete años después de iniciada la reforma de la justicia penal en la región, llevó a cabo una investigación en Latinoamérica<sup>36</sup>, bajo la dirección científica del profesor Zaffaroni, sobre *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. En esta investigación se destaca el poder autónomo de la policía, que debilita la consolidación del sistema acusatorio, favoreciendo por ende a “modelos autoritarios de justicia penal. No otra puede ser la conclusión cuando se reduce a la mínima expresión el rol protagónico que el Ministerio Público debe asumir en el proceso penal, al extremo de someterlo al regateo de sus atribuciones con otros órganos de poder”<sup>37</sup>.

También advierte que la delegación de la “instrucción en la policía” por parte de fiscales a los que el volumen del trabajo no les impide realizarla personalmente, conduce por razones estructurales a la formación de un “poder policial autónomo al que se le van tolerando vicios que se disimulan: no se pregunta cómo se llega a las noticias, se admiten explicaciones absurdas y banales, se acepta tácitamente el trabajo con informantes pagos con impunidad”<sup>38</sup>. La cuestión se torna paradójica cuando, en casos aislados, el fiscal quiere investigar y “la policía le niega auxilio material”<sup>39</sup>. Lo cierto, dice el informe, es que esto “pone de manifiesto que la investigación puede llegar a valerse de medios ilícitos aunque tolerados por quienes deben de controlar la legalidad del proceso, mientras lo haga la policía”<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007.

<sup>37</sup> Zaffaroni, op. cit., p. 49.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 19.

En todo caso, como se advirtió arriba, la investigación afirma, que las policías (dependientes del poder ejecutivo) terminan siendo “las verdaderas autoridades de instrucción o sumario”<sup>41</sup>.

Este hecho, que la policía sea la verdadera autoridad de instrucción, sin duda tiene un impacto sobre los derechos humanos de la persona sometida bajo su investigación. La investigación de ILANUD<sup>42</sup>, arroja datos de graves violaciones de los derechos fundamentales en la instrucción policial de las personas imputadas, propias de un modelo procesal inquisitivo.

En la etapa de la instrucción penal practicadas por los cuerpos policiales, se advierte, entre otras cosas, que a los detenidos (imputados) no gozan del derecho a la presencia de un defensor y se encuentran incommunicados; que las declaraciones que brindan los detenidos en la policía en el proceso el judicial no las excluye, les da valor probatorio *contaminando* la imparcialidad de los jueces, legitimando el modelo materialmente inquisitivo en sede acusatorio; que la policía y el Ministerio Público asumen poderes *arbitrarios* o *incontrolados*; también que el hecho de que la detención, custodia y alojamiento del detenido o imputado recaiga en un mismo cuerpo, debilita la defensa del detenido; que respecto al valor procesal de la prueba obtenida ilícitamente, quedó claro que existen en las normas procesales y prácticas judiciales orientadas a salvar las deficiencias en la investigación policial para permitir una valoración positiva de los elementos obtenidos ilícitamente; que estos vicios por parte de la judicatura revela que se ha adoptado a nivel latinoamericano una doctrina jurídica de origen europeo que propicia estados legales de derecho y no estados constitucionales de derecho, privilegiando la seguridad de respuesta por sobre la seguridad jurídica.

Para Hassemer<sup>43</sup>, el Estado ha cambiado fundamentalmente su papel,

---

<sup>41</sup> *Ibíd.*, p. 21.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, p. 47.

<sup>43</sup> Hassemer, W, “El Derecho penal en el Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo”, en AA. VV., *Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Editorial B de F, Argentina, 2009, p. 186-187.

de una amenaza a los derechos individuales se ha convertido ahora en un garante de la seguridad. La clásica relación de tensión entre la seguridad y la libertad, que se manifiesta en la experiencia, en donde el aumento de la seguridad frente al delito debe ser organizada mediante el Derecho penal y acompañada de limitaciones a las libertades públicas, ya no constituye algo vivo.

En el 2011, cuatro años después, ILANUD llevó a cabo una investigación sobre las *Reformas al sistema de justicia penal en Japón y América Latina. Logros, problemas y perspectiva*. En las conclusiones generales, la investigación puso de relieve serias disfuncionalidades de la reforma, o dicho en palabras de BINDER “una tarea inconclusa e imperfecta”.

Entre las conclusiones, destaca el hecho que la prisión preventiva, medida cautelar extraordinaria, es utilizada aún de forma indiscriminada no sólo en las peticiones que los fiscales hacen a la hora de la acusación, sino también en la imposición de los jueces. A pesar que los Códigos de la región han incorporado mecanismos alternos de solución de conflictos, son utilizados de forma insuficiente para evitar que los hechos sean llevados al sistema de justicia penal y evitar una respuesta violenta. Uno de los más graves problemas que enfrenta la reforma es el escaso apoyo que el Estado da a la defensoría pública, especialmente en el tema presupuestario. Esta institución es el fundamento democrático del proceso penal, y sin una defensoría pública fuerte muy difícilmente el modelo procesal acusatorio podrá consolidarse. Los roles de los actores procesales y su consolidación, es otro de los problemas que presenta la reforma veinticinco años después. A pesar que el nuevo modelo procesal establece la separación de roles, el fiscal ejerciendo la acción de acusación y el juez, resolviendo, lo cierto es que en la práctica no son pocos jueces que se inmiscuyen en roles o funciones derogadas. Otro aspecto, es la escasa articulación operativa entre el Ministerio Público y los organismos de investigación y el predominio de una cultura inquisitiva o autoritaria entre los operadores de justicia.

Estos problemas que apuntan las interesantes investigaciones del ILANUD, 2007 y 2011, exigen, sin duda, retos que no pueden

posponerse. La investigación del 2011 propone como recomendaciones, primero, dotar de mayores garantías procesales a las partes dentro del proceso, de acuerdo con los estándares internacionales sobre la materia, y, segundo, la búsqueda de mayor eficiencia y eficacia procesal.

Estas recomendaciones, se orientan a la implementación de la oralidad en el sistema o modelo procesal acusatorio, eliminando en lo posible la formalización del proceso o rigurosos formalismos escritos, propios del modelo inquisitivo (pocos países, como Panamá, suprimió exitosamente el expediente en el proceso). La necesidad de implementar los mecanismos de resolución alternativos de conflictos y evitar que la creciente conflictividad social sea trasladada al escenario judicial. Además, es recomendable impedir en la medida de lo posible, que la falta de acuerdos entre las partes en el conflicto, desemboque por parte del Ministerio Público en acusación y, por el contrario, estimular que los hechos permitidos por la ley lleguen se resuelvan por estos mecanismos. El derecho a la participación de la víctima en el proceso penal, es otro reto de la reforma procesal penal. La reforma contemplaba una mayor participación de la víctima del delito, sin embargo, todavía hoy el papel de la misma es pasivo y reducido al papel de testimonio, como si no pudiera colaborar de forma activa y positiva en el hecho criminal. La participación ciudadana en la justicia penal, es otro reto para la reforma, como el desarrollo de una contracultura acusatoria, para desplazar los resabios del modelo procesal inquisitorial.

Y, por último, y no menos importante, la región tiene el desafío (o el compromiso) de racionalizar la intervención penal, es decir, considerar al Derecho penal como la *última ratio*, sobre todo en momentos que la región trata de desarrollar políticas de tolerancia cero o ley y orden, que se traducen en mayor violencia con meno garantías, dirigidas especialmente a los sectores poblacionales empobrecidos, que demuestra, a propósito, lo que el Estado puede hacer solo por ellos. Como expresa en una reciente entrevista al diario argentino La

Nación, el sociólogo noruego Nils Christie, la «prisión lastima a la gente»<sup>44</sup>.

## 7 DE LA CONFESIÓN AL PLEA BARGAINING SYSTEM

Cuando todo indicaba que la prueba de la confesión, como reina de las pruebas en el modelo procesal inquisitivo quedaba abolida con la reforma de la justicia penal, esta surge, y con mayor vigor, en una versión mejorada denominada la *plea bargaining system*.

Este sistema, injertado en la justicia de la región, ha instaurado una «justicia rápida» (*fast justice*) más pudorosamente traducido como negociación<sup>45</sup>.

La *plea bargaining system* (regateo de la justicia), de tradición anglo-norteamericana, es consecuente a la naturaleza economicista de la reforma de la justicia. Esta institución excluye al juez del conflicto, igual que en el mercado libre excluye a los agentes reguladores, y pone en manos de particulares (fiscal y defensor) la decisión del caso penal que debería estarlo en la figura del juez constitucional. En este sentido, según De Diego Díez<sup>46</sup>, para los *econometricians* la *plea bargaining* es un “mal necesario” y propugnan su mantenimiento como algo deseable.

Para ellos el proceso penal no es sino un sistema de mercado, un método de distribución de recursos escasos, y dan por supuesta la imposibilidad de los operadores judiciales de variar el *quantum* de los recursos disponibles. A partir de estas premisas afirman — en armonía con la concepción de libre mercado propugnada a nivel económico — que la intervención “reguladora” de la autoridad pública, identificada en el

<sup>44</sup> Nils Christie, "Las prisiones son un instrumento para que haya más criminales." 27 de septiembre de 2007, Diario La Nación, Argentina. Véase en <https://www.lanacion.com.ar/947424-las-prisiones-son-un-instrumento-para-que-haya-mas-criminales>

<sup>45</sup> Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, 2000, p. 7-11.

<sup>46</sup> De Diego Díez, Luis Alfredo, “La *plea bargaining* de los EE.UU”, en AA. VV., *Justicia Criminal Consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 61.

proceso penal con la decisión del Juez sobre la pena, puede dar buenos resultados solo si el “precio” fijado por la autoridad competente coincide con el que las partes contratantes han convenido.<sup>47</sup>

### FEELEY<sup>48</sup>, la compara

con los supermercados en los que los precios de los distintos productos están claramente fijados y etiquetados [...]. En un supermercado, los clientes pueden quejarse de los precios, pero raras veces regatean [bargain] para que se les rebaje.

La plea bargaining o regateo de la justicia promueve procedimientos «reacios a los preceptos éticos, que nada tienen que ver con la justicia ni la equidad», como expresa José Carlos Barbosa Moreira<sup>49</sup>, que la reforma pretendía eliminar del viejo modelo inquisitorial. Este sistema de justicia, llamados por algunos, justicia mil por horas o la *macdonalización* de la justicia, «encierra un peligro en la pretensión de implementar formas rápidas de condenación, que pretenden que nada quede por escrito, creando la ilusión expeditiva y pragmática»<sup>50</sup>. O, dicho en palabras de Hassemer<sup>51</sup>, el *deal* es un instrumento desformalizador, el cual “abara y acelera la justicia penal a costa de las tradicionales formalidades del proceso mediante un acuerdo entre los participantes”.

Para Zaffaroni<sup>52</sup>, en la investigación comparativa, *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*, «la publicidad con que se divulgan estos modelos en la región es

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 61 – 62.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>49</sup> Barbosa Moreira, José Carlos, “La Transacción Penal Brasileña y el Derecho Norteamericano” en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n° 17, 2000, p. 52.

<sup>50</sup> Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007, p. 46.

<sup>51</sup> Hassemer, op. cit., p. 184.

<sup>52</sup> Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007, p. 46.

preocupante, porque puede ser fácilmente vendible a los políticos preocupados por las demandas públicas de una justicia penal más rápida».

Para Zaffaroni<sup>53</sup>, estas propuestas, dadas las características de la región, «no llevarían más que a un proceso penal destinado a la rápida y barata condenación de pobres, perfectamente compatible con el modelo economicista incompatible con la dignidad de la persona».

En los foros académicos y científicos de los Estados Unidos esta institución es duramente criticada, a tal punto que un eminente Magistrado no vaciló en llamarle a la *plea bargaining* un “sórdido proceso” y John Langbein<sup>54</sup>, de la Universidad de Chicago, ha llegado a contrastarla con el derecho medieval europeo sobre la tortura, «las semejanzas entre el sistema moderno de la *plea bargaining* y el antiguo sistema de tortura judicial son muchas y escalofrantes». Asimismo, indica Langbein<sup>55</sup> que la *plea bargaining* es un «procedimiento sin juicio establecido para declarar culpables y para condenar a personas acusadas de delitos graves. Sin alguien busca en la Constitución de los EE.UU. algún fundamento para la *plea bargaining*, buscará en vano. En su lugar encontrará, una garantía opuesta, la garantía del juicio previo».

En este sentido, Zaffaroni<sup>56</sup> expresa que la *plea bargaining* se convierte fácilmente en una fuente de extorsión que reemplaza a la tortura:

Quien carece de defensa de calidad no tiene otro recurso que admitir lo que se le ofrece en la negociación o regateo, pues de lo contrario se le amenaza con una pena mucho más grave. De este modo se logra reducir el número de presos preventiva, puesto que se los condena a todos rápidamente”. Además se trata de otro recurso que llena otro

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Langbein, John H., “Tortura y *plea bargaining*”, en AA. VV., en *El procedimiento abreviado*, Julio Mayer y Alberto Bovino -compiladores-, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 9.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Zaffaroni, Raúl, “América Latina: Análisis regional, proceso penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad”, en AA. VV., *Documentos penales y criminológicos (DPC)*, Diego-Manuel Luzón Peña, Ernesto Pedraz Penalva y Sergio Cuarezma Terán -directores-, Volumen I, HISPAMER, 2001, p. 352.

requisito fundamental podrá la selectividad estructural del poner punitivo: perjudica sólo a quienes tienen menores recursos; el resto puede incluso beneficiarse con él. En tercer lugar, los jueces pueden seguir ejerciendo el manejo de la prisión preventiva como pena, aunque ya a modo de pena formal.

Para De Diego Díez<sup>57</sup>, «la *plea bargaining* es tan frecuente en el sistema criminal norteamericano que mediatiza su organización hasta tal punto, apoyándose en los criterios de Newman y Anderson, que el orden del día del Tribunal, el personal judicial, y otros recursos están determinados de antemano dando por hecho que habrá un alto índice de declaraciones de culpabilidad». El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Santobello v. New York* (404 U.S. 257,260, [1971]), estableció que este tipo de acuerdo “representa un componente esencial de la administración de justicia”.

La fundamentación que se aduce para justificar la validez de esta institución es la «eficacia». Entre ellas se menciona, como señala DE DIEGO DÍEZ<sup>58</sup>,

«el enorme número casos que el Ministerio Público debería afrontar, el costo de cada proceso para el Estado, la oportunidad de no malgastar los recursos económicos destinados al servicio judicial, la necesidad de concentrar los esfuerzos de la acusación en los casos de provocan mayor alarma social, entre otros».

En este sentido, como plantea DE DIEGO DÍEZ (1999, p. 18),

parece que beneficia a todos los involucrados en la justicia penal, desde el acusado, su defensor y el fiscal. Por ejemplo, el acusado evita gastos, retrasos e incertidumbres, así como el riesgo de una condena más grave (aunque sea inocente) que la que de hecho se le impone; el abogado defensor obtiene sus honorarios con menores esfuerzos y economizando tiempo. Sin embargo, esta tentadora perspectiva empuja fácilmente al defensor a convencer a su cliente de que se declare culpable.

<sup>57</sup> De Diego Díez, L., op. cit., p. 54.

<sup>58</sup> *Ibíd.*, p. 55.

Alschuler, citado por De Diego Díez<sup>59</sup>, refiriéndose a este tema, expresa que

«todo el actual sistema de justicia criminal estadounidense parece diseñado, en suma, para inducir al abogado defensor a adoptar la siguiente máxima: en caso de duda, entrégale (*cop him out*)... y negocia. Al Ministerio Público le permite, con la resolución “contratada” del proceso, controlar la carga de trabajo y además, en caso se llevaran a jurado, la condena sería incierta. El Estado, determina la culpabilidad muy económicamente porque no tiene que cumplir la obligación constitucional de aportar pruebas».<sup>60</sup>

La *plea bargaining* altera el sistema de legalidad y su vigencia (y, en consecuencia, el de seguridad) vinculado al Estado de derecho, en el cual, la justicia se aplica, no se negocia. En este tema lo que está en juego es la respuesta jurídica ajustada a la legalidad, incompatible con la disponibilidad del proceso penal en manos de particulares (fiscal y defensor). No hay que olvidar que la misión constitucional del Poder judicial de la mayoría de los países de la región, es la tutela de los derechos humanos mediante *la aplicación* (y no la negociación) *de la ley*. Conforme a este mandato constitucional los particulares, en virtud del monopolio estatal, no pueden ni deben disponer del Derecho penal, ni de la consecuencia jurídica penal, ya que éste se aplica (o debería aplicarse) sólo por jueces y tribunales constitucionales en el marco de un proceso penal, propio de un sistema de división de poderes. En el Derecho penal la descripción de las conductas delictivas (tipos penales legales) formalizan y delimitan la justicia, pero ésta sólo puede realizarse en el proceso penal, debidamente desarrollado y con el debido proceso legal, sólo así se puede “condenar y remover la presunción de inocencia”.

No cabe duda que la *negociación* o el *regateo de la justicia* conduce a la privatización del proceso penal (de la justicia penal), es, como expresa Amodio<sup>61</sup>, «una verdadera y propia exaltación de la autonomía de las partes». Este criterio encuentra su fundamento conceptual en la

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>60</sup> La cursiva me pertenece.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 75.

existencia de una relación horizontal entre partes, de la que se originan derechos y obligaciones. El fiscal y el defensor cuando “negocian” un delito por otro o la responsabilidad del acusado o un privilegio a cambio de una información, están realizando un “negocio de carácter privado”. Este toma y data<sup>62</sup>, «expropia a las partes de sus específicos papeles y las reduce, en la mejor de los casos, al nivel de mercaderes; en el peor, a intrigantes. Jueces y abogados olvidaran su deber de contribuir a la búsqueda de la verdad, mientras los representantes de la acusación y los defensores no se dedicaran a preparar el proceso penal con el interés necesario».

Esta institución procesal anglonorteamericana, como expresa la investigación del ILANUD sobre *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*<sup>63</sup>, “encierra un serio peligro en materia específicamente procesal, la pretensión de implementar formas rápidas de condenación, expeditivas, que pasan por sobre las formas procesales más elementales”, es un instrumento desformalizador, el cual “abarata y acelera la justicia penal a costa de las tradicionales formalidades del proceso mediante un acuerdo entre los participantes”<sup>64</sup>.

No es posible pues, conciliar la legalidad (ley escrita) con la negociación (sistema no escrito). Este tipo de justicia (de regateo) supone, en expresión del profesor norteamericano Friedman, *negociar a la sombra de la ley*.

## 8 CONSIDERACIONES FINALES

No dudamos que la justicia es un presupuesto para la tutela de los derechos humanos y para el desarrollo económico, que además no solo es factor de impulso, sino factor para el desarrollo de la economía, pero también es cierto que una reforma, como la apuntada, que sacrifique la tutela de los derechos humanos para proteger el capital, sin

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>63</sup> Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007, p. 46.

<sup>64</sup> Hassemer, op. cit., p. 184.

duda, crea un desbalance o desequilibrio en el propósito original de la reforma de la justicia penal, y, por tanto, tal diseño impacta gravemente en las libertades, derechos y garantías de la persona de la persona sometida a persecución penal. El reto, es el equilibrio, una reforma de la justicia penal para ambos supuestos, para la protección de los derechos humanos de la persona y además para garantizar un marco de seguridad a la economía, con la finalidad de promover el desarrollo de la región.

El desafío es sin duda mayúsculo: hacer que la reforma de la justicia penal se oriente, en consecuencia, a transformar las bases de legitimidad sobre las cuales funciona. Ello supone un cambio sustancial en las relaciones con la sociedad, un «encuentro con la persona y su desarrollo», diseñada dentro de una estrategia a largo plazo y dirigida fundamentalmente a producir un cambio en el comportamiento y en la estructura de pensamiento, entre los cuales los sujetos económicos juegan un importante papel, pero no exclusivo, pero desde una visión procesal penal de y para la región. Tal perspectiva constituirá un «cambio cultural» de primera magnitud con respecto a los esfuerzos de la justicia emprendida en los países de la región.

Neste volume:

AUTORES ESTRANGEIROS

Carlos Alberto Mejías Rodriguez  
Christian Bernal  
Diego Cuarezma Zapata  
Franco Cordero  
Manuel Vidaurri Aréchiga  
Pasquale Bronzo  
Renzo Orlandi  
Sergio J. Cuarezma Terán

AUTORES BRASILEIROS

Alexandre Bizzotto  
Álvaro Roberto Antanavicius Fernandes  
Ana Cláudia Pinho  
Antonio Vieira  
Aury Lopes Jr.  
Bruno Augusto Vigo Milanez  
Bruno Cunha Souza  
Camilin Marcie de Poli  
Djefferson Amadeus  
Édson Luís Baldan  
Elmir Duclerc  
Fauzi Hassan Choukr  
Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro  
Fernando Laércio Alves da Silva  
Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais  
Giovani Frazão Della Villa  
Gustavo Badaró  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Jason Zilio  
Jeffrey Chiquini da Costa  
Jéssica Ramos Saboia  
José de Assis Santiago Neto  
Leandro Gornicki Nunes  
Leonardo Augusto Marinho Marques  
Leonardo Avelar Guimarães  
Leonardo Costa de Paula  
Leonardo Marcondes Machado  
Leonardo Marques Vilela  
Luís Eduardo Lopes Serpa Colavolpe  
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho  
Luiz Eduardo Cani  
Luiz Fernando de Vicente Stoinski  
Marcio Guedes Berti  
Márcio Soares Berclaz  
Marco Aurélio Nunes da Silveira  
Maria Francisca de Miranda Coutinho  
Misael Neto Bispo da França  
Mônica Denise Maia e Silva  
Nereu José Giacomolli  
Nestor Eduardo Araruna Santiago  
Onéssimo César Gomes da Silva Cruz  
Paola Alcântara Lima Dumont  
Paulo Silas Taporosky Filho  
Renata Ceschin Melfi de Macedo  
Ricardo Jacobsen Gloeckner  
Rômulo de Andrade Moreira  
Thiago Miranda Minagé  
Tiago Dias de Meira  
Vinícius Diniz Monteiro de Barros

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-53151-09-7



9 788553 151097