Temas de ciencias penales

volumen II

ordinadores: | Felipe Villavicencio Terreros
Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
Luis López Pérez
Edvar Cueva Castro

USMP 50 AÑOS | FONDO EDITORIAL

Libro Homenaje al 50° Aniversario de la Universidad de San Martin de Porres

TEMAS DE CIENCIAS PENALES

Volumen II

AUTORES

Gabriel Ignacio Anitua, Luis Arroyo Zapatero, Raul Cervini, Carlos Elbert, Miguel Angel Nunez Paz, Alfonso Serrano Maillo, Alfonso Zambrano Pasquel, Alejandro Arturo Silva Reyna, Maximiliano Eusconi, Ivan Gonzales Amado, Luis Miguel Reyna Alfaro, Fernando Fragoso, Dina Carlos Caro Coria, Victor Cubas Villanueva, Jose Avila Herrera, Sergio J. Cuarezma Teran, William Quiroz, Marcelo A. Riquet, Miguel Sarre

LIMA- 2013

USMP | FONDO EDITORIAL

FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE ESTUDIOS
DE DERECHO PENAL

Peru, Universidad de San Martin de Porres
Facultad de Derecho. Centro de Estudios de Derecho Penal

TEMAS DE CIENCIAS PENALES
Centro de Estudios de Derecho Penal

La presente edici6n consta de dos volumenes
Primera edici6n, Lima 2013
882 paginas

Volumen II

Criminologia / Derecho Penal / Procedimientos penales /
Delincuencia / Justicia penal / Derecho de ejecuci6n penal

TEMAS DE CIENCIAS PENALES
Centro de Estudios de Derecho Penal

© Centro de Estudios de Derecho Penal

© Universidad de San Martin de Porres
Fondo Editorial
Primera edici6n, enero 2013

Jr. Las Calandrias 151-291, Santa Anita, Lima 43- Peru
Telefono: (51-1) 362-0064 Anexo: 3262
Correo electr6nico: fondoeditorial@usmp.edu.pe
Pagina web: www.usmp.edu.pe

Facultad de Derecho
Alameda del Corregidor 1865- La Molina
Telefonos: 365 70000 / 365 6948 / 365 6943

Diseno de caratula y diagramaci6n: Miguel Flores / Fondo Editorial – USMP
Editor: Luis D. Suarez Berenguela / Fondo Editorial – USMP

Aflo 2013- Impresi6n 1,000 ejemplares

Reservados todos los derechos. Queda prohibida, sin la autorizaci6n escrita de los titulares del Copyright, bajo las sanciones establecidas en la ley, la reproducci6n total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, incluidos reprografia y el tratamiento informatica.

lmpreso en el Peru
Tarea Asociaci6n Grafica Educativa
Pasaje Maria Auxiliadora 156 - Brena

Enero 2013

ISBN (Obra completa): 978-612-4088-69-8
Registro del Proyecto Editorial N" 31501371200640
Hecho el Deposito Legal en la Biblioteca Nacional del Peru N" 2013-02615

LA REFORMA PROCESAL PENAL. EN PARTICULAR LA INVESTIGACION POLICIAL Y LA JUSTICIA NEGOCIADA

Sergio J. Cuarezma Teran*

SUMARIO

Exordia. I. Introducci6n. A. El proceso inquisitive. II. Estructura del CPP. A. El proceso acusatorio. III. Fases del C6digo Procesal Penal: A. La investigaci6n criminal y los derechos fundamentales. B. Principia de oportunidad o negociaci6n de la justicia (plea bargaining system). 1. Principia de oportunidad. 2. Negociaci6n de la justicia o plea bargaining. III. Debate en busca de un acuerdo regional y nacional sobre la reforma de la justicia.

EXORDIO

Constituye para mi un honor haber sido invitado a participar en el Homenaje al 50° aniversario de fundaci6n de la Universidad de San Martin de Porres de Lima- Peru, que se cumple en el aiio 2012 y esta dedicado a las ciencias penales. Invitaci6n que recibi del prestigioso penalista peruano y amigo, Prof. Dr. Felipe Andres Villavicencio Terreros, Presidente del Centro de Estudios Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martin de Porres. El estudio queda dedicado a la Universidad de San Martin de Porres de Lima- Peru, una de las Universidades que goza de mayor prestigio no solo en la Republica de Peru, sino en el continente iberoamericano y a nivel mundial. Nuestras felicitaciones a

* Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la Republica de Nicaragua (periodo constitucional marzo 2007 a marzo 2012}. Profesor de Derecho Penal e Investigador del Instituto de Estudio e Investigaci6n Juridica **(INEJ) (www.inej.edu.ni);** Profesor de Derecho Penal en la Universidad Americana **(UAM),** y es ademas investigador cientffico del Area de Derecho Penal y Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid, Espana y experto del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevenci6n del Delito y Tratamiento del Delincuente **(ILANUD).** Ex becario de la Direcci6n General Cientffica y Tecnica **(DGCYT}** del Ministerio de Educaci6n y Ciencia de Espana y *ex* becario del Instituto de Cooperaci6n Internacional **(ICI),** el Ministerio de Relaciones Exteriores de Espana y la Agencia de Cooperaci6n Espanola Internacional **(AECI}**. E-mail: **sergio.cuarezma@inej.net**

las autoridades y comunidad academica, investigadora y estudiantil de la Universidad par sus 50 aiios de existencia y deseando exitos en su labor que viene contribuyendo de manera decisiva ala formacion de las nuevas generaciones de estudiantes. El estudio tiene la finalidad de aportar a la discusion algunas ideas sabre dos aspectos torales de la reforma procesal penal que se ha desarrollado en el hemisferio, y en especial, en Nicaragua. La primera, la investigacion policial (a manos del Poder ejecutivo) y la segunda, la justicia negociada (bajo el control [de facto] de la policia y legal del Ministerio PUblico), y de como en ambas fases del proceso penal los derechos fundamentales de la persona imputada se ven seriamente afectados par el control que aquellas instituciones hacen de la investigacion y de la negociacion, tanto o mas que en el sistema inquisitivo.

I. INTRODUCCION

El 13 de noviembre del 2001, producto de lo que el profesor de la Universidad de Munich BERND SCHUNEMANN ha denominado la marcha triunfal del procedimiento penal americana en el mundo, la Asamblea Nacional de Nicaragua aprobo el Proyecto de Codigo Procesal Penal (CPP), publicado posteriormente en La Gaceta, Diario Oficial, el 21 de diciembre del 2001); Ley 406/2001, que entro en vigencia en 21 de diciembre del 2002.

Este nuevo texto juridico procesal, que deroga el de Instruccion Criminal de 1879, instaura formalmente un sistema acusatorio: la investigacion criminal estrictamente bajo el control de la Policia Nacional (PN), la justicia negociada (plea bargaining), el juicio oral y publico (con o sin jurado), la ejecucion de sentencia y crea la novedosa figura del juez de ejecuci6n de sentencia y vigilancia penitenciaria, entre los aspectos relevantes. Con la entrada en vigencia del CPP se pone fin ala larga vida del Codigo de Instruccion Criminal (In). El In., era un texto en esencia inquisitivo, el juez no era un sujeto neutral, asumia variados roles que lo convertian en un juez parcial; asumia la investigacion o pesquisa de los hechos, realizaba actividades propias del organa acusador y de organa de resolucion. La prision preventiva era, par regia general, una respuesta de los judiciales en todos aquellos casas que no fueran causas leves; la confesion era uno de los medias esenciales para obtener la verdad llegandose ala aplicacion de la coaccion o presion para obtenerla; era un proceso secreta, despersonalizado y predominaba la escritura.

a) El proceso inquisitivo

Desde el punta de vista historico, la inquisici6n es el sistema de enjuiciamiento penal que responde a la concepcion absoluta del poder central, ala idea extrema sabre el valor de la autoridad y la centralizacion

del poder; todos los atributos que concede la soberania se reunen en una (mica mana. Cuando se analiza si un ordenamiento procesal penal esta inspirado par el principia inquisitive, se hace en relaci6n contraria con el principia acusatorio, que veremos mas adelante. Al respecto, ZAFFARONI ha seiialado que la historia de los procesos penales ha demostrado una permanente lucha de intereses y, que dependiendo de estos, se puede determinar si un proceso esta inspirado par el principia inquisitivo o par el principia acusatorio. En esta linea expresa que, si en el proceso penal se encuentran defendidos en grado extrema los intereses de la colectividad, el proceso sera inquisitivo; par el contrario, si los intereses defendidos son en su mayoria los individuales, el proceso sera acusatorio.

El principia inquisitivo consiste en que el 6rgano jurisdiccional desarrolla su actividad en relaci6n con uno o varios sujetos que se encuentran en posicion 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 ala cual investiga y dicta sentencia. En el proceso penal regido par el principia inquisitivo, la mera noticia criminis es bastante para que eljuez de instrucci6n -de manera oficiosa— inicie actuaciones para la averiguaci6n y sanci6n de los delitos y faltas penales; igualmente procede de oficio a tramitar las causas criminales remitidas par la PN, cuando esta actua conforme a la ley establecia, exceptuando aquellos casas en que ni el juez ni la PN pueden iniciar el proceso par existir una disposici6n legal que exige querella, denuncia o consentimiento de la parte agraviada, o de sus representantes legales (art. 31).

Para la profesora de la Universidad de Valladolid, BLASCO SOTO, el empleo del termino inquisitivo puede dar lugar a confusiones, pero se evitan si se hace referenda al eje medular que parte de la configuraci6n del Juez solo desde la clave constitucional. Pese a su ambigiiedad el termino es acertado, porque identifica y ampara rasgos aut6nomos del proceso penal, legalidad, oficialidad, investigaci6n e iniciativa judicial; manifestaciones que no pueden entenderse sin la alianza necesaria con el principia acusatorio. Tambien sejustifica el termino para la citada autora ya que en el se encuentra el interes social amparado par la ley penal y, consecuentemente, en la actividad investigadora que permite descubrir los delitos y sus autores; en el deber de integrar total y plenamente el hecho, tanto factica como juridicamente; actividades perfectamente armonizadas con la conquista irrenunciable de determinados derechos, en definitiva, con los limites establecidos en la Constituci6n Politica.

BLASCO SOTO indica que en el proceso moderno prima el principia acusatorio (garantia para las partes), pero coexiste con el inquisitivo, que otorga al juez poderes aut6nomos y le dota de iniciativas procesales,

no tanto para la incoacion como para la instruccion del proceso. Como *organa* imparcial es una fuerza que sirve solo a los intereses generales, superiores a los de las partes, que deben coordinarse con los fines del proceso. El contenido de lajurisdiccion y su ejercicio queda salvaguardado por la conjuncion de ambos principios. Asi, expresa la profesora BLASCO SOTO, las manifestaciones actuales del principia inquisitive no tienen nada que ver con sus origenes que en su forma mas radical revela la situacion de la persona que se sabe sometido a un proceso pero ignora de que se le acusa, con total ausencia de contradiccion y publicidad. La tradicional contraposicion entre inquisicion y acusacion, aplicada la primera a la fase de instruccion y la segunda a la fase del juicio oral ha quebrada rotundamente en la nueva perspectiva constitucional del proceso penal. Desde el *momenta* en que se obliga a informar al ciudadano de la acusacion formulada contra el, se ha enterrado la concepcion clasica del principia inquisitive.

b) El proceso acusatorio

El proceso acusatorio (sin duda un avance positivo para nuestra legislacion procesal penal, sin perjuicio de aspectos opinables que el texto contiene), exige que una parte distinta al juez promueva y sostenga una acusaci6n o pretension punitiva para que pueda abrirse el juicio penal y, en su caso, pueda condenarse al reo. En el principia acusatorio el acusador es persona distinta del juez. El Estado separa ambas funciones de acusar y juzgar en diferentes sujetos, para evitar que coincidan.

Para algunos autores, la caracteristica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la division de los poderes que se ejercen en el proceso: por un lado, el acusador, que persigue penalmente y ejerce el poder requirente; por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputacion, ejerciendo el derecho de defenderse; y finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. El principia fundamental que da nombre al sistema acusatorio se afirma en la exigencia de un tribunal para decidir el pleito y cuyos limites de decision estan condicionados al reclamo o acusacion. Es un t6pico socialmente asumido, expresa BLASCO SOTO, toda una critica descalificadora e interesada que conduce a la anulacion del judicial, impera la filosofia de que solo queda garantizada la imparcialidad si el juez asume una posicion impasible, alejado de la actividad procesallimitando su funcion al control de los formalismos. Se socava la nocion continental de nuestro juez, con la demag6gica y arcaica pretension de reintroducir en su total impureza el principia acusatorio, para evitar manifestaciones inquisitivas.

II. ESTRUCTURA DEL CODIGO PROCESAL PENAL

El CPP consta de un Titulo Preliminar y de Cuatro Libras. En el Titulo Preliminar se desarrollan los principios y garantias procesales (principia de legalidad, de inocencia respeto a la dignidad humana, de proporcionalidad, (mica persecuci6n, acusatorio, oralidad, oportunidad, derecho ala defensa tecnica, a los recursos, libertad probatoria, licitud de la prueba, juez natural y jurado) Baja el Libra Primero se establecen los aspectos relacionados a la Jurisdicci6n y Competencia, de las Acciones Procesales, de las Partes y sus Auxiliares, de los Aetas Procesales y de la Prueba. El Libra Segundo, regula lo relativo a los Procedimientos, de los Aetas Iniciales comunes, del Juicio par Delitos, del Juicio par Faltas, de los Procedimientos Especiales, del Procedimiento de la Extradici6n. El Libra Tercero, regula los Recursos, de Apelaci6n, de Casaci6n, y Acci6n de Revision. El Libra Cuarto establece la Ejecuci6n de la Sentencia y de las Disposiciones Transitorias y Finales.

III. FASES DEL CODIGO PROCESAL PENAL

Para efectos del presente estudio, diremos que el CPP esta constituido en cuatro fases: investigaci6n, principia de oportunidad o negociaci6n de la justicia (plea bargaining), juicio oral y publico, y ejecuci6n de la sentencia. Y, de estas cuatro fases, para objeto del estudio, desarrollaremos las primeras dos fases.

a) La investigaci6n criminal y los derechos fundamentales

En el CPP la investigaci6n penal se modifica radicalmente, prohibiendosele oportunamente al juez de forma expresa realizar aetas de investigaci6n, persecuci6n y acusaci6n de ilicitos penales (propio del proceso inquisitive); pero le permite llevar a cabo actividad de control de la misma, aunque el texto no lo manifieste expresamente, el juez tiene un rol de un juez de garantia. En la practica el juez tiene un papel pasivo y no realiza actividades de control en la investigaci6n de la policia ni del Ministerio PUblico.

La investigaci6n, podra ser iniciada y desarrollada par la Policia Nacional (PN) y el Ministerio PUblico (MP), de forma separada o conjunta, con o sin coordinaci6n entre ambos. En nuestro modelo procesal penal, la policia no depende del MP, seglin la ley organica de esta solo se coordinan entre si. Respecto a la PN, sea par iniciativa propia, o par arden del fiscal, debera proceder a investigar cualquier hecho que pudiera constituir delito o falta, reunir los elementos de investigaci6n para dar base al ejercicio de la acci6n par el MP, ode la Procuraduria General de la Republica (PGR), si el hecho investigado afecta los intereses de la Administraci6n publica.

Sin embargo, debe advertirse, que sin perjuicio de que la PGR ejerza o no la accion penal en aquellos casos que lesionen, par ejemplo, el patrimonio de la Administracion publica (malversacion de caudales publicos, fraude, peculado, entre otros), el MP debe de ejercerla.

Asi, la PN realiza las actividades de investigacion para el descubrimiento y comprobacion de hechos presuntamente delictivos. La investigacion de delitos ser efectua conforme a las reglas logicas, tecnicas y metodos cientificos propios de la actividad. El resultado de la investigacion (informe), la policia lo presenta al MP. La PN, en el proceso de investigacion, tiene la atribucion de velar por la conservacion de lo relacionado con la investigacion, buscar a personas que puedan dar informacion de lo investigado, preservar la escena del crimen, realizar inspecciones y todo tipo de operaciones tecnicas necesarias, requerir informes a instituciones publicas y privadas, realizar allanamientos, requisas, inspecciones y solicitar al juez la autorizacion de actos de investigacion que puedan afectar derechos constitucionales.

Los actos de investigacion que requieren de autorizacion judicial son, entre otros, el anticipo de prueba personal, interceptacion de comunicaciones escritas, telefonicas y electronicas, secuestro de bienes, allanamiento y registro de morada, exhumacion de cadaveres, investigacion corporal, clausura de locales (plazo mayor de 48 horas hasta por 30 dias) e informacion financiera. No obstante, a traves de una curiosa figura o clausula procesal denominada la convalidacion judicial, los agentes de la PN pueden burlar la garantia de la autorizacion judicial para realizar actos de investigacion que afecten derechos fundamentales: En "caso de urgencia se practicara el acto sin previa autorizacion, pero su validez quedara supeditada a la convalidacion del juez, la que sera solicitada en un plazo de veinticuatro horas. Si el juez apreciara ademas que en la practica del acto se ha incurrido en delito, pondra el hecho en conocimiento del Ministerio PUblico" (art. 246 CPP) (en cursiva es mio). No cabe duda, no solo su incompatibilidad constitucional y el desmantelamiento de las garantias constitucionales individuales que supone semejante propuesta legislativa de convalidar una prueba ilicita, par haberse practicado el acto de investigacion sin previa autorizacion judicial, por una prueba licita. Dicho en otras palabras, el CPP le autoriza a la PN llevar a cabo actos de investigaciones al margen de la autorizacion del juez (aetas ilegales de investigacion), luego el agente policial comparece al despacho del juez y le pide que "convalide" el acto ilegal en un acto legal para que luego pueda ser sometido en el proceso como *media* de prueba.

Los aetas de investigacion que no requieren autorizacion judicial son, entre otros, reconocimientos de personas y pluralidad de reconocimientos, reconocimiento fotografico, inspecci6n corporal, registro de vehiculos,

naves y aeronaves, levantamiento e identificaci6n de cadaveres, allanamiento de morada (cuando se produzca por incendio, persecuci6n actual e inminente, etc.), allanamientos de otros locales, clausura de locales (por un plazo de 48 horas), devoluci6n de objetos, secuestro de bienes (sin afectar derechos constitucionales) e identificaci6n de objetos.

Respecto ala detenci6n de las personas, puede efectuarse por orden judicial o por un policia o un particular si la persona es sorprendida cometiendo un delito; o perseguida huyendo del sitio del hecho o se le sorprenda cerca o en el mismo lugar del delito, portando armas, instrumentos y otros objetos que hagan presumir su participaci6n en el hecho. Puede realizarse por orden de los jefes de delegaciones de la Policia Nacional, dentro de las 12 horas desde que se tuvo conocimiento de haberse cometido el delito; o cuando exista probabilidad fundada de que se haya cometido un delito. Para nuestro proceso democratico e institucional, semejante facultad representa un impresentable retroceso para la protecci6n de los derechos fundamentales de la persona. El legislador de forma impropia le extendi6 la facultad al funcionario policial (que depende del Poder ejecutivo), de detener a una persona sin orden judicial, sin control de ning(tn juez, ni ex ante, ni ex post a la misma. En este periodo de detenci6n la persona queda en manos de los 6rganos de investigaci6n de la policia y luego a manos del MP, a pesar de que la Constituci6n Politica establece que una persona debe ser detenida solo con orden judicial, convirtiendose, el 6rgano policial, en un 6rgano de instrucci6n (inquisitivo) con poder de detener sin orden judicial. Lo mismo que hacia el juez de instrucci6n en el proceso inquisitivo, ahora lo lleva a cabo la policia o detective, imitando al otrora juez de instrucci6n y desplazando al MP en su competencia investigativas, convirtiendose por tanto el 6rgano de investigaci6n policial en un autentico juez de instrucci6n y a la vez, en un 6rgano acusador, dos roles en uno, sin control alguno.

Hay que destacar ademas, que el CPP atribuye a la PN extensas facultades para la fase de investigaci6n policial, esto sin contar o sumar ala PN (sea de forma directa o indirecta), las tambien extensas facultades que el MP tiene derivadas tanto de su Ley Organica como del CPP que las ejecuta con la PN. Este tema es sensible, si tenemos en consideraci6n que, para el caso de Nicaragua, la PN depende del Poder ejecutivo, lo que hace que se convierta en un factor distorsionante de la investigaci6n. Cuando el Poder ejecutivo no quiere que se investigue, el fiscal queda sin la cooperaci6n necesaria y, por ende, en imposibilidad de hacerlo. No basta con la formalidad legal que la PN debe investigar los delitos o faltas, puesto que es sabido, como expresa, y con raz6n, ZAFFARONI, que esta averigua si lo desea, es decir, que en caso contrario se limita a cumplir 6rdenes y esta en condiciones de desviar gravemente la investigaci6n con

total impunidad, pues no tiene nadie capacidad de controlarla. En este sentido, ZAFFARONI pone de manifiesto que el problema no se resuelve cambiando de nombre a las instituciones: si el MP (el nombramiento del Fiscal General) depende del Poder ejecutivo (en el supuesto de que este sea seleccionado por la Asamblea Nacional de la propuesta del Poder ejecutivo) y la PN una dependencia de este, la investigaci6n a cargo del mismo no seria un paso hacia el sistema acusatorio, sino la puesta de la investigaci6n de todos los delitos bajo los dictados e intereses del Poder ejecutivo o, lo que es lo mismo, que la PN se haya transformado de facto en MP.

En una reciente investigaci6n realizada por ILANUD en la Latinoamerica (2007), bajo la direcci6n cientifica del profesor ZAFFARONI, sobre Los derechos fundamentales en la instrucci6n penal en los paises de America Latina, en la cual hay un estudio sabre Nicaragua, se comprueba empiricamente las violaciones de los derechos fundamentales de las personas imputadas en la etapa de investigaci6n. En las conclusiones se presentan hallazgos graves, violaciones propias de un proceso inquisitive, identificadas en las nuevas legislaciones de corte acusatorio. En la etapa de la instrucci6n penal practicadas por los cuerpos policiales, se advierte, entre otras casas, que a los detenidos (imputados) no gozan del derecho a la presencia de un defensor y se encuentran incomunicados; que las declaraciones que brindan los detenidos en la policia en el proceso el judicial no las excluye, les da valor probatorio contaminando la imparcialidad de los jueces, legitimando el modelo materialmente inquisitive en sede acusatorio; que la policia y el MP asumen poderes arbitrarios o incontrolados; tambien que el hecho de que la detenci6n, 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 ilicitamente, qued6 claro que existen en las nomas procesales y practicas judiciales orientadas a salvar las deficiencias en la investigaci6n policial para permitir una valoraci6n positiva de los elementos obtenidos ilicitamente; que estos vicios porparte de lajudicatura revela que se ha adoptado a nivel latinoamericano una doctrina juridica de origen europeo que propicia estados legales de derecho y no estados constitucionales de derecho, privilegiando la seguridad de respuesta por sobre la seguridad juridica.

En el CPP, el detenido tiene derecho a: No ser maltratado ni ofendido; ser informado sobre los motives de su detenci6n; a comunicarse por telefono con quien desee; informar a su familia o a quien estime conveniente de su detenci6n; asistencia inmediata por un abogado; comunicaci6n privada con su abogado; guardar silencio; ser liberado o puesto ala arden deljuez en 48 horas posteriores a su detenci6n y su abogado debe estar presente desde el inicio de la investigaci6n. Pero, c.Que debemos entender por el

inicio de la investigaci6n? Como se materializan o deberian materializarse los derechos fundamentales del detenido en la investigaci6n policial? Cuando inicia el proceso?

La Sala de lo Constitucional de la CSJ, para corregir o mitigar el desmedido impacto de las funciones de la Policia Nacional en el tema de los derechos de las personas detenidas, interpret6 en una importante sentencia que los derechos del detenido deben de garantizarse desde el inicio de la investigaci6n, porque el proceso penal inicia desde el primer acto de investigaci6n que realice el cuerpo policial, y en la Audiencia Inicial o Preliminar. En este sentido, la Sentencia No. 20/2009, expresa que el concepto del proceso "no debe interpretarse en sentido restringido como actividad jurisdiccional, sino como sin6nimo de procedimiento ode persecuci6n penal, por lo que el precepto rige tambien para la investigaci6n preliminar o previa al proceso en sentido estricto". En consecuencia, indica la Sentencia "los actos de investigaci6n no pueden quedar fuera del concepto de proceso, pues los mismos son parte material de este. La investigaci6n esta constituida por una serie de actos que formalmente no forman parte del proceso, pero que materialmente le sirven parar determinar si hay base para eljuicio, mediante la recolecci6n de elementos de prueba que permiten fundar el ejercicio de la acci6n penal y la defensa del acusado, siendo esto el cierre formal de la fase preliminar del proceso. Por esta raz6n es que los actos de investigaci6n ya no son simples actos administrativos, sino que por su naturaleza son considerados verdaderos actos procesales, por cuanto la procesabilidad de un acto no depende tanto de que se produzca en el proceso ni por quien sea realizado sino por la finalidad o incidencia que el acto tendra en el proceso".

En sintesis, para la SP de la CSJ "los actos de investigaci6n son parte material del proceso penal aunque este formalmente no exista todavia, pues aunque el Ministerio PUblico y la Policia Nacional no sean 6rganos jurisdiccionales, realizan una actividad tipicamente procesal con el fin de dar sustento a la actividad requirente que se plantea frente al 6rgano jurisdiccional, ademas que estos 6rganos en su actividad de persecuci6n penal afectan derechos fundamentales de las personas, lo cual permite la intervenci6n del juez de garantias a efectos de autorizar o convalidar actos de investigaci6n en esta fase. Esta intervenci6n del juez precisamente se debe particularmente para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los imputados y a una labor de control y vigilancia de la legalidad y objetividad sobre la actividad de la policia y el fiscal durante la investigaci6n, con elfin de minimizar o eliminar el abuso o la arbitrariedad".

En este orden de ideas, la SP estima "que debe abandonarse de una vez la idea que la fase de investigaci6n queda fuera del concepto

de proceso penal a fin de seguir justificando o admitiendo que en esta etapa se minimizan la garantias procesales del imputado, asi mismo no se debe seguir teniendo una vision limitada e inquisitiva de la reforma procesal penal al seguir creyendo que lo mas novedoso y trascendental de la reforma es la fase del juicio oral y publico como la etapa central del nuevo sistema procesal penal y que las garantias procesales alcanzan su mayor preponderancia en esta etapa. Este paradigma esta lejos de constituir el unico cambio estructural importante que importa la reforma procesal, pues el disefto y la 16gica de la nueva fase de investigaci6n representa tambien un cambio radical a la 16gica inquisitiva con que estaba diseflada anteriormente, la que se caracterizaba por ser una actividad lineal, ritualista, rigida y muy formalizada que atentaba contra la eficacia de la investigaci6n, donde se buscaba la prueba de la condena mas que los elementos necesarios para decidir si el asunto se llevaba a juicio (...), que si las garantias del imputado tienen algD.n sentido estas deben cubrir todo el curso de las actuaciones en las que sus derechos puedan verse afectados. Y con mayor motivo durante la investigaci6n en que las posibilidades de afectaci6n de todas las garantias procesales se dan con mayor intensidad y menos transparencia en esta etapa" (Sentencia 20/2009, Considerando II)

Por ultimo, la SP advierte que, "sostener lo contrario, implicaria una ftexibilizaci6n de las garantias procesales, en pro del eficientismo estatal en la investigaci6n policial, lo que seria contrario al sistema democratico de derecho, en el que se enmarca la reforma procesal penal. Pues efectivamente en un Estado de Derecho como el que reconoce nuestra norma primaria (Arto. 130 Cn), el proceso es un instrumento del Estado que sirve de protecci6n juridica para las personas objetos de persecuci6n penal, por tal motivo el cumplimiento de las garantias procesales se constituyen en verdaderos presupuestos legitimadores del proceso penal yen control del ejercicio del poder punitivo del Estado" (Sentencia 20/2009, Considerando II).

a) El principia de oportunidad: la negociaci6n de la justicia *(plea bargaining system)*

a.l) Principio de oportunidad

Para MAIER, oportunidad significa -en este contexto-la posibilidad de que los 6rganos publicos, a quienes se les encomienda la persecuci6n penal, prescindan de ella en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente ala prueba mas o menos completa de su perpetraci6n, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionada, por motivos de utilidad social o razones politico-criminales. DANIEL GONZALEZ, expresa que el principia trata de establecer reglas

claras para prescindir de la acusacion penal, frente a casas en los cuales ordinariamente debia acusarse par un aparente hecho delictivo; y que su concepcion se fundamenta en criterios utilitarios y realistas sabre la legitimacion y el fundamento, elfin y ellimite de la aplicaci6n de las penas. Tambien constituye un intento de conducir la seleccion en forma racional, con criterios de politica criminal mas que arbitrarios, y sabre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican. GONZALEZ identifica tres objetivos basicos del principia de oportunidad. Primero, descriminalizar cuando haya otro mecanismo de reacci6n social mas eficaces o parezca innecesario el proceso y la pena; segundo, el principia pretenderia volver los ojos hacia la victima en la medida en que en muchos casas exigiria la indemnizaci6n previa y, en tercero, buscaria la eficiencia del sistema frente a hechos mas relevantes y de mayor gravedad social, al permitir descongestionar los atascos que los tribunales sufren, de manera tal que les permita intervenir en los hechos mas lesivos y esenciales para la comunidad y los ciudadanos. En este sentido, el profesor costarricense, identifica aquellos casas en que puede prescindirse de la acusacion: frente a conductas socialmente adecuadas, frente a los delitos de bagatela y culpabilidad minima de autor, aquellos que impliquen pena natural (art. 59, inc. 2 CPP), cuando justifique la persecucion de delitos mas graves (art. 59, inc. 1 CPP), frente al arrepentimiento activo, o el desistimiento voluntario y frente a sujetos solicitados en extradicion (art. 59 inc. 3 CPP).

Las legislaciones modernas que han establecido el princ1p10 de oportunidad, como el CPP, lo han hecho como una excepcion al principia de legalidad. Mas a'Lm, han obligado a que los criterios de oportunidad sean determinados legislativamente a modo de autorizaciones para prescindir de la persecucion penal en ciertos casas definidos par la ley como, por ejemplo, la mediacion, la prescindencia de la acci6n penal, el acuerdo y la suspension condicional de la persecucion (art. 51 CPP)

Planteados estos criterios a favor del principia de oportunidad, BERZOSA FRANCOS, en contrario opina que cuando se piensa en evitar los efectos crimin6genos de las penas cortas privativas de libertad, es indudable que el organa jurisdiccional, despues del proceso y de la sentencia, podria sustituir la pena de prisi6n par otra que no produzca para la persona condenada los mencionados efectos, siempre con sujeci6n a criterios establecidos en la ley material penal, no en la ley procesal. De igual modo si se trata de conseguir la reinserci6n del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptacion, puede suspenderse la ejecuci6n de la pena por el organa judicial de acuerdo a criterios establecidos previamente par ellegislador. Por otra parte, argumenta BERZOSA FRANCOS, se si argumenta la escasa lesion social producida par algunos delitos y la falta de interes

en Ia persecuc10n penal, parece 16gico poner en duda Ia necesidad o conveniencia de mantener la tipificaci6n de esas conductas, y de llegarse a una conclusion positiva, seria quiza tambien labor dellegislador tener en cuenta las citadas razones a Ia hora de definir el tipo ode determinar la pena correspondiente. Pienso que Ia profesora BERZOSA FRANCOS tiene raz6n. (.Para que tipificar aquellos hechos que luego en Ia legislaci6n procesal penal no seran objeto de Ia acci6n penal? i_Por que ellegislador no se sincera y tipifica realmente lo que el Estado perseguira penalmente? i_Por que en el C6digo penal se tutela un bien juridico, y luego en el CPP se dice que Ia importancia del mismo es de escasa importancia social?

Esta tendencia de aligerar por medio del principia de oportunidad la tarea de los 6rganos jurisdiccionales, ademas denominada por criterios economicista, del abaratamiento del proceso penal[1], sacrifica, segU.n otro sector de Ia doctrina, el proceso debido o legal y los derechos que en este gozan las personas. Como expresa BLASCO SOTO, se introduce la oportunidad (y la justicia negociada) a efectos de conseguir una mayor implantaci6n de principia acusatorio. Comparto con Ia citada profesora, que estas tendencias, primero doctrinales luego legislativas, no son conciliables con el monopolio que tiene el Estado sobre el derecho de penar (ius puniendi) ni siquiera aunque se hable de oportunidad reglada, incompatible con el principia de legalidad en el campo penal: "Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a no ser procesado ni condenado por acto u omisi6n que, al tiempo de cometerse, no este previamente calificado en Ia ley de manera expresa e inequivoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en Ia ley" (art. 34.11 Cn). Principia de legalidad que sujeta la actividad del MP: "En el cumplimiento de sus funciones el Ministerio PUblico actuara apegado a Ia Constituci6n Politica y a las !eyes, tendiente a garantizar un debido proceso de ley y el respeto por los derechos fundamentales y dignidad de las personas que intervienen en los procesos penales" (art. 5 LOMP).

1 En el contexte de este proceso complejo de reforma de Ia justicia penal, no debe sorprendernos que las reformas economicas, estructurales que se vienen llevando a cabo en muchos paises en desarrollo impulsan a los de Ia region a abordar Ia reforma de Ia justicia como complemento necesario a Ia reforma economica y no como en lo que en realidad debe ser, un camino para el mejoramiento del Estado de Derecho y de Ia democracia y de mayor respeto para los derechos humanos, como expresa RAMON DE LA CRUZ OCHOA. Lo cierto es que ambas categorias deben de mantenerse en un plano de igualdad, ya que son el fundamento vital del Estado de Derecho. Hay un acuerdo comun, que el proceso de liberacion economica que vive Ia region plantea relevantes exigencias de reformas legales e institucionales, necesarias para asentar estrategicamente esos procesos y, a Ia vez, para hacer frente a las multiples desigualdades sociales heredadas y provocadas por modelos economicos desprovistos de un perfil humanistico en su esencia de funcionamiento.

El interes publico en el proceso penal, no esta subordinado al poder de disposici6n de sujetos juridicos, sino que como expresa BLASCO SOTO, dependen de que aquel interes publico se ponga de manifiesto al tribunal y se haga valer ante situaciones reales subsumibles en supuestos taxativamente determinados par la ley. El principia de legalidad se materializa en que la pena, como consecuencia del comportamiento previamente calificado como delito, solo puede ser impuesta par los organas jurisdiccionales a traves del proceso. En este sentido, como indica la citada autora, el principia de legalidad es Ia necesidad del proceso para realizar el derecho penal. El Estado tiene el monopolio en el ejercicio del ius puniendi, que revierte de modo definitivo en Ia garantia del proceso; es decir garantiza la justicia del procedimiento y sus consecuencias indispensables: seguridad juridica y fiabilidad del Derecho.

Al definir la oportunidad, seiiala BLASCO SOTO, no se puede eludir su contenido esencial, en el que prevalece el interes subjetivo, que se traslada tambien al proceso, concediendo a las partes disposicion sabre el y su objeto. Pese a que se niega, Ia oportunidad en el sistema acusatorio puro, conduce ala privatizacion del proceso penal, porque este criteria encuentra su fundamento conceptual en Ia existencia de una relaci6n juridico-material entre partes, de la que se deducen derechos y obligaciones. Los argumentos en contra de la oportunidad los proporciona nuestro sistema que establece unos limites que impiden que otros objetivos desvirtuen su contenido. Hay que dilucidar, par tanto, si se compadece con la legalidad la posibilidad de que las partes modelen el objeto del proceso influyendo evidentemente, en la decision final. Entendemos que tal y como se realiza la pregunta no cabe mas remedio que responder negativamente.

a.2) Negociacion de lajusticia o *plea bargaining*

Con el objeto de crear en Latinoamerica una "justicia rapida" (fase justice), Nicaragua, no es la excepcion (art. 51, inc. 3 CPP), se esta importando a la region el plea bargaining o regateo de la justicia, mas pudorosamente traducido como "negociacion", como apunta ZAFFARONI. El bargaining, negociacion o regateo, de influencia anglosajona tiene su maxima vigencia en los Estados Unidos de Norteamerica.

Hay un consenso regional y nacional respecto a que Ia justicia debe ser "rapida", pero no para que esta pase a manos de particulares, del acusador y defensor. La negociacion o regateo de Ia justicia, segtin como lo dispone el texto nicaragiiense expresa que iniciado el proceso penal, "el Ministerio PUblico y Ia defensa pueden entablar discusiones de negociaci6n para llegar a un acuerdo sabre los delitos imputados, su calificacion legal, la responsabilidad, el grado de participaci6n y la sancion penal, que anticipadamente le pongan fin". Este acuerdo entre

el MP y los particulares puede verificarse en cualquier etapa del proceso hasta antes de la sentencia. No se excluye que no pueda darse en la fase de investigaci6n policial.

Para DE DIEGO DfEZ, la plea bargaining es tan frecuente en el sistema criminal norteamericano que mediatiza su organizaci6n hasta tal punto, apoyandose en los criterios de NEWMAN y ANDERSON, que el orden del dia del Tribunal, el personal judicial, y otros recursos estim determinados de antemano dando por hecho que habra un alto indice de declaraciones de culpabilidad. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso Santobello v. New York (404 U.S. 257,260, [1971]), estableci6 que este tipo de acuerdo "representa un componente esencial de la administraci6n de justicia". La fundamentaci6n que se aducen para justificar la validez de esta instituci6n es la "eficacia". Entre elias se menciona, como senala DE DIEGO DfEZ, el enorme numero casos que el Ministerio PUblico deberia afrontar, el costo de cada proceso para el Estado, la oportunidad de no malgastar los recursos econ6micos destinados al servicio judicial, la necesidad de concentrar los esfuerzos de la acusaci6n en los casos de provocan mayor alarma social, entre otros. En este sentido, como plantea DE DIEGO DfEZ, 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, asi como el riesgo de una condena mas 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 facilmente al defensor a convencer a su cliente de que se declare culpable. ALSCHULER, refiriendose a este tema, expresa que "todo el actual sistema de justicia criminal estadounidense parece disenado, en suma, para inducir al abogado defensor a adoptar la siguiente maxima: en caso de duda, entregale (cop him out) ... y negocia". Al Ministerio PUblico le permite, con la resoluci6n "contratada" del proceso, controlar la carga de trabajo y ademas, en caso se llevaran a jurado, la condena seria incierta. El Estado, determina la culpabilidad muy econ6micamente porque no tiene que cumplir la obligaci6n constitucional de aportar pruebas.

En este tema lo que esta en juego es la respuesta juridica ajustada a la legalidad, incompatible con la disponibilidad del proceso penal en manos de particulares (fiscal y defensor). No hay que olvidar que la misi6n constitucional del Poder judicial nicaragliense, y el de la mayoria de los paises latinoamericano, es impartir justicia y garantizar el principia de legalidad y la tutela de los derechos humanos mediante la aplicaci6n (y no la negociaci6n) de la ley (art. 158 y 160 Constituci6n Politica). Conforme a este mandato constitucional los particulares, en virtud del monopolio estatal, ni disponen del Derecho penal, ni de la consecuencia juridica penal, ya que este se aplica solo por jueces y tribunales y estos

actuan solo por media del proceso. En el Derecho penalla descripci6n de las conductas delictivas (tipos penales legales) formalizan y delimitan la justicia, pero esta solo puede realizarse en el proceso penal, debidamente desarrollado y con el debido proceso legal, solo asi se puede "condenar y remover la presunci6n de inocencia".

No cabe duda que la negociaci6n conduce ala privatizaci6n del proceso penal (de la justicia penal). Este criterio encuentra su fundamento conceptual en la existencia de una relaci6n 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 cambia de una informacion, estan realizando un "negocio de caracter privado". En nada se diferencia. Es imposible pues, conciliar la legalidad (ley escrita) con la negociaci6n (sistema no escrito). Este tipo de justicia (de regateo) supone, en expresi6n del profesor norteamericano FRIEDMAN, negociar ala sombra de la ley.

La negociaci6n o regateo (plea bargaining system) tiene una v1S1on economicista del proceso penal, y tiende a favorecer los acuerdos entre el Fiscal y defensa, al margen de la ley o principia de legalidad. La justicia negociada o regateada en EE.UU., como indica el procesalista espa:fwl ERNESTO PEDRAZ PENALVA, implica un acuerdo entre acusaci6n y defensa por el que el imputado se compromete, basicamente, a declararse culpable a cambia de ciertas concesiones del Ministerio PUblico; o, como la define el profesor de Valladolid, NICOLAS CABEZUDO, "como la negociaci6n practicada entre la acusaci6n y la defensa cuyo objeto lo integran reciprocas concesiones y, donde, en cualquier caso, el acuerdo contemplara la declaraci6n de culpabilidad del acusado".

ZAFFARONI manifiesta con claridad, que la negociaci6n o regateo se convierte facilmente en una fuente de extorsion que reemplaza a la tortura: 1. Quien carece de defensa de "calidad" no tiene otro recurso que admitir lo que se le ofrece en la "negociaci6n o regateo", pues de lo contrario se le amenaza con un pena mucho mas grave. De este modo se logra reducir el numero de presos sin condena, puesto que "se los condena a todos rapidamente". 2. La "negociaci6n o regateo" tambien perjudica solo a quienes tienen menores recursos; el resto puede incluso beneficiarse con el (por ejemplo, el caso de funcionarios corruptos que tienen poder politico o econ6mico o acceso al mismo). 3. Y, por ultimo, los jueces pueden seguir ejerciendo el manejo de la prisi6n preventiva como pena, aunque ya a modo de pena formal.

En los foros academicos y cientificos de los Estados Unidos esta institucion es duramente criticada, a tal punto que un eminente Magistrado no vacil6 en llamarle al plea bargaining un "s6rdido proceso" y

JOHN LANGBEIN, de la Universidad de Chicago ha llegado a contrastarla con el derecho medieval europeo sabre la tortura o bien, como expresa HASSEMER, un instrumento desformalizador, cual abarata y acelera la justicia penal a costa de las tradicionales formalidades del proceso mediante un acuerdo entre los participantes. Para, BARBOSA MOREIRA, del Instituto Iberoamericano de Derecho procesal el plea bargaining se critica porque al declararse el imputado culpable, renuncia ipso facto a importantes derechos constitucionales como, par ejemplo, el propio derecho a un juicio par jurado (trial by jury) y el derecho a no ser declarado culpable mas alla de cualquier duda razonable (beyond any reasonable doubt). Pero eso no es todo, manifiesta el profesor Barbosa. Muchos temen que en no pocos casas la anuencia del imputado, aunque "aparentemente voluntaria" (hay negociaciones inducidas), constituya en realidad el fruto de maniobras racias a los preceptos eticos, inspiradas en consideraciones que nada tienen que ver con la justicia o la equidad. Sospechas de este genera son tanto mas justificables cuanto mas bajo el grado de "visibilidad" de las negociaciones entre el Ministerio PUblico y el defensor. Semejante "negociaciones o regateos" no suelen desarrollarse "en Cortes abiertas" (in open court), bajo la presidencia de un Magistrado neutral y ala vista del publico (proceso publico), sino mas frecuentemente "sabre una taza de cafe en la cafeteria de la casa de justicia donde la conciencia de dos abogados (fiscal y defensor) es la guia primaria" ("over a cup of coffee in a basement courthouse cafeteria where the conscience of the two lawyers is the primary guide"). El Juez no dispone de elementos para formarse una idea acerca de la justicia (fairness) o de la validez del acuerdo, termina expresando el autor citado.

En Nicaragua en el afi.o 2004, se llev6 a cabo una importante investigaci6n comparada por profesores e investigadores del Instituto de Estudio e Investigaci6n Juridica (www.inej.edu.ni), ROSARIO ALVARADO CHACON y JORGE LUIS MORALES GARCIA, y jueces del Poder Judicial costarricense, sabre La Negociaci6n en la Justicia Penal: La Posicion del Juez. Estudio Comparado (Alemania, Costa Rica, Estados Unidos, Italia y Nicaragua). El trabajo presenta analisis sobre: el plea bargaining system de los Estados Unidos de Norteamerica, modelo que sirvi6 de base a otros institutos de los sistemas de tradici6n juridica continental europea como son los supuestos del patteggiamento italiano, del procedimiento abreviado costarricense y del acuerdo en el C6digo procesal penal nicaragU.ense. Igualmente comprende la oportunidad reglada en la ordenanza procesal penal alemana, en el C6digo procesal penal costarricense y la prescindencia de la acci6n penal en el nicaragU.ense.

La investigaci6n se dirigi6 con el analisis comparativo de legislaciones europeas y anglosajonas, a fin de determinar el papel hegem6nico que las visiones de los paises desarrollados ejercen sabre aquellos que, como las

naciones hermanas Costa Rica y Nicaragua, presentan un esencial interes, sa bre todo, de caracter econ6mico, para esos centros de concentraci6n de poder. Con esto se espera extraer conclusiones validas y claras respecto al tema central de la investigaci6n, el rol del juez en la justicia penal negociada, lo cual requiri6, ademas, para su enriquecimiento de fuentes doctrinarias de legislaci6n, jurisprudencia y aportaciones criticas hechas par los autares de la investigaci6n desde la funci6n de la judicatura.

La investigaci6n establece que est a institucion, no puede verse en forma aislada de los factores que condicionan la reforma penal en Centroamerica y que tambien explican, en gran medida, el grado de uniformidad de las legislaciones, como de los organismos internacionales que impulsan su gesti6n. En Nicaragua, pese a que no existia una necesidad apremiante para instaurar una reforma penal en virtud de la mora judicial,[2] como era el caso de otros paises de la region, en cuenta Costa Rica; si contribuia a los abanderados de la gesti6n de la reforma, el contar con un C6digo de instrucci6n criminal con mas de un siglo de vigencia; sin embargo, son las razones ideol6gicas las que pesaron mas en impulsar la reforma y que en el tipo de reforma que se impuls6.

Respecto al rol del juez en el acuerdo nicaragtiense, ALVARADO CHACON y MORALES GARCIA, expresan que la similitud o proximidad del sistema nicaragliense con el angloamericano, le hace acreedor de las principales criticas de aquel, abonadas con las circunstancia de que la importaci6n de este cuerpo extraii.o a la realidad socio-juridica nicaragiiense provocara no pocos contrasentidos estructurales, como pueden ser sus objeciones de constitucionalidad.

Uno de los principales cuestionamientos que se puede realizar a este tipo de instituto proc sal es su falta de transparencia. La intervenci6n del juez nicaragtiense en el procedimiento de acuerdo es nula, su aparici6n se da cuando este ya esta logrado, cuando todo se ha discutido. La funci6n o rol del juez nicaragtiense en este procedimiento (en el caso llegue a su conocimiento, pues se puede dar de facto en el proceso de investigaci6n) es de mero fedatario de una situaci6n en donde no tuvo ninguna participaci6n y, consecuentemente, ninguna posibilidad de control.

La sentencia que con base en un acuerdo de estos pudiese dictar el juez de la causa, no puede ser otra que condenatoria, pues tendria como

2 Hay que destacar que "los indices de retardo de justicia en causas con detenidos habfa disminuido del 12% en diciembre de 1999, al 4% en diciembre del 2000 en Juicios Ordinaries; y del 50% al 7% en el mismo perfodo en Juicios Especiales de Adolescentes." Vease Memoria Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (1996-2000), 2001, Managua, p. 80.

base factica el hecho confesado y estaria vinculada par el acuerdo de las partes en cuanto a las consecuencias punitivas. Asi las casas, concluyen ALVARADO CHACON y MORALES GARCIA, que la participacion del juez nicaragliense en el tramite del acuerdo es practicamente nula, desprovista de cualquier posibilidad real de ejercer un control garantista de los derechos fundamentales del imputado.

Este modelo de justicia, llamados par algunos, justicia mil par horas o la macdonalizacion de la justicia, encierra un peligro en la pretension de implementar formas rapidas de condenacion, que pretenden que nada quede par escrito, creando la ilusion expeditiva y pragmatica. Para ZAFFARONI, en el informe comparative de la investigacion Los derechos fundamentales en la instruccion penal en los paises de America Latina, la publicidad con que se divulgan estos modelos en la region es preocupante, porque puede ser facilmente vendible a los politicos preocupados par las demandas publicas de una justicia penal mas rapida. Para ZAFFARONI, estas propuestas, dadas las caracteristicas de la region, no llevarian mas que a un proceso penal destinado a la rapida y barata condenacion de pobres, perfectamente compatible con el modelo economicista incompatible con la dignidad de la persona.

Par ultimo, BLASCO SOTO en el trabajo de explicar que no posible conciliar la legalidad con el criteria de la oportunidad y la justicia negociada, denuncia que principios esenciales del sistema vinculados ala legalidad se pueden ver alterados par la incorporacion de la oportunidad. El primero es el de igualdad strictu sensu. La autora seflala, algunas consecuencias que se derivan de esta alteracion del principia de legalidad que presentamos de forma sucinta, y tambien se suman otros aspectos comunes en la critica de la doctrina:

> No permite al juez apreciar si se han incluido situaciones, que en atencion a su finalidad deberian haber quedado excluidas o, par el contrario, excluye otras que debieron incluirse;
>
> Se imposibilita tambien el control de la proporcionalidad; es decir que diferencias facticas se taman en cuenta para establecer un regimen que se aparta del comun, aspecto es especialmente grave;
>
> Se viola la igualdad entre las partes ya que la negociacion descarta el proceso; el acuerdo se suscribe entre partes, pero el principal agente sancionador es el Ministerio Fiscal: "ejercita no solo su funcion tradicional de imputar cargos, sino que ademas va a determinar la culpabilidad y la pena"; la forma y conclusion de las negociaciones depende mucho de la postura que adopte el ministerio publico;

Cuando la igualdad se desvanece se introducen rasgos propios del sistema inquisitivo; los acuerdos son el resultado de reconocer par el acusado el contenido de la investigacion, ya que es la unica actividad procesal practicada, se elimina el juicio oral y, par tanto, la actividad probatoria;

La negociacion es lo opuesto del contradictorio, propio del principia acusatorio, evoca sabre todo las ppicticas persuasoras permitidas par el secreta en la relacion desigual que caracteriza la inquisicion;

Par iguales motivos se desconoce tambien la presuncion de inocencia, la justicia negociada exige que se llegue a un acuerdo entre la fiscalia y la defensa con elfin de reconocer la culpabilidad del acusado, se negocia la culpabilidad no la inocencia;

Con esta institucion se contradice la esencia del sistema penal ya que para destruir esta presunci6n se exige una suficiente prueba de cargo, que solo puede practicarse en eljuicio oral. Con la negociacion esta fase se excluye y se llega a una decision condenatoria con base ala confesion del acusado, es mas puede confesar su inocencia pero asumir la pena negociada, desde luego esta solucion no se adecua, en absoluto, con el principia acusatorio tal y como se ha definido;

La negociacion provoca un desplazamiento del criteria probatorio, en favor de otro indeterminado como es las probabilidades de condena y el valor de las confesiones ofrecidas par el Ministerio. PUblico. Se produce una apoteosis de la investigacion que ftorece indisimuladamente a traves de la pnictica de los acuerdos, en otras palabras, se renuncia al juicio oral, fundamentandose la condena exclusivamente en el reconocimiento parcial o total del contenido de la instruccion;

Ambos principios legalidadjoportunidad son en su intencion diversos, par no decir opuestos, choca con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantias, la seguridad juridica se desplaza en cuanto impide prever las consecuencias de los delitos sin olvidar que el acusado se sentini, en la mayoria de los casas, la parte mas debil de un acuerdo transaccional;

La oportunidad coloca aljuez en una posicion de impasibilidad total, se potencia la posicion de las partes reconociendo implicitamente, la existencia de una relacion juridico-material, de la que se deducen derechos y obligaciones y consecuentemente disposicion sabre el proceso y su objeto. Existe asi el grave peligro de una improcedente privatizacion del proceso penal, al permitir a las partes la posibilidad

de moldear, seglin su voluntad, el objeto del proceso, con infiuencia sobre la decision final; inevitablemente se introduce el principia dispositivo en este sistema; y

Creemos por tanto que la justicia negociada no permite una mayor penetraci6n del principia acusatorio, por el contrario expresa del inquisitivo su aspecto mas deleznable, esto es la ausencia de garantias.

Lajusticia negociada no tiene en consideraci6n la necesidad de una previa actividad minima probatoria para determinar por el judicial la culpabilidad del sujeto. GOMEZ COLOMER, ha formado la teoria de la minima actividad probatoria, por la que el principia de la libre valoraci6n de la prueba supone que los distintos elementos de la prueba puedan ser valorados libremente por el Tribunal de instancia, al que corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentaci6n del fallo en la sentencia. Pero para que dicha ponderaci6n pueda llegar a desvirtuar la presunci6n de inocencia, se requiere una minima actividad probatoria producida por las garantias procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado. Es decir, nadie puede ser condenado si por lo menos nose ha practicado una prueba en la cual pueda basarse el convencimiento judicial de la culpabilidad del acusado. ALSCHULER, citado por CABEZUDO destaca que el sistema americana elabora tecnicas que permiten al acusado expresar su conformidad con el resultado sin reconocer formalmente su culpabilidad, lo que demuestra que el plea bargaining es una estructura bien diseiiada para provocar la condena de inocentes. Siendo realistas, parece que estas opciones solo valoran, en palabras de ANDRES IBANEZ, el abaratamiento de los costas de la criminalizaci6n, despojando al proceso de su mas expresivo momenta de racionalidad critica: el juicio oral y publico.

a.3) Debate en busca de un acuerdo regional y nacional sabre la reforma de la justicia.

La base para que todo programa de reforma de la justicia penal tenga exito debe contar primero con la creaci6n del consenso entre todas las instituciones que tienen que ver con el temajusticia y, segundo, las otras fuerzas del Estado y la sociedad sobre la pertenencia de la reforma y, en base a este consenso, el consiguiente compromiso y voluntad politica de llevar adelante el proceso, cualquiera que sean los inconvenientes que aparezcan en el camino.

Es importante preguntarse si la reforma de lajusticia penal que se viene realizando desde las postrimerias de los aiios ochenta, ha sido diseiiada por la propia sociedad o bien, fruto de las contradicciones sociales

internas (sin perjuicio de las experiencias del derecho comparado) o son un producto del mundo academico o una imposicion de los mercados economicos a traves de las agendas de cooperacion internacional. La respuesta a esta interrogante permitini, entre otras casas, determinar el impacto de la reforma y la vigencia (util) de las instituciones originadas por la misma (leyes, codigos, etcetera). Noes de extraflarse pues, que muy pronto la region y, en especial, Nicaragua, pueda entrar en un proceso de **contrarreforma** para anular o corregir todos aquellos efectos negatives que pudieran aparecer como producto de la "trasposicionjuridica cultural" en la region y en especial en Nicaragua, porque, como dice con razon el procesalista y maestro espaflol, ERNESTO PEDRAZ PENALVA, este tipo de transposicion juridica no sera mas que un "cuerpo extraflo de dificil aprovechamiento y por tanto de dudoso exito".

En este estado de la reforma de la justicia penal, es "indispensable e impostergable", promover espacios que generen grandes acuerdos nacionales en torno a esta, entre las organizaciones representativas de los intereses colectivos, gremios de abogados, estudiantes de derecho, usuarios de la justicia, especialmente los partidos politicos, para prestar su cooperacion con el prop6sito de iniciar un proceso que conduzca a la autonomia y profesionalizaci6n plena de la justicia, especialmente en lo que concieme a su despartidizaci6n.

Tambien es importante provocar un analisis serio e imparcial de caracter politico sabre los beneficios, costas y riesgos que supone la creaci6n de instituciones y leyes que no han nacido de la "contradicci6n natural" de la sociedad y sus necesidades, aunque para otros paises y para el mundo academico y cientifico sean positives. Hay que abrir pues, un gran debate nacional y regional que permita identificar intereses y elementos comunes entre los diversos actores para vitalizar o reorientar la reforma de la justicia penal de los paises, y evitar el sacrifico de los principios de la libertad, la igualdad y justicia en el altar de la seguridad, como diria EDUARDO GALEANO. El resultado de la reforma de lajusticia debe de ser el resultado de un debate democratico e informado.

El desafio mayD.sculo es 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", diseflada dentro de una estrategia a largo plaza y dirigida fundamentalmente a producir un cambia en el comportamiento y en la estructura de pensamiento del funcionario del sistema de justicia penal. Tal perspectiva constituira un "cambio cultural y estrategico" de primera magnitud con respecto a los esfuerzos de lajusticia emprendida en Latinoamerica, la region centroamericana y, en particular, en Nicaragua.

BIBLIOGRAFiA

ALVARADO CHACON, ROSARIO y MORALES GARCIA, JORGE LUIS. La Negociacion en la Justicia Penal: La Posicion del Juez. Estudio Comparado (Alemania, Costa Rica, Estados Unidos, Italia y Nicaragua). Managua, ICEP, 2004

BARBOZA MOREIRA, Jose Carlos. La Transaccion Penal Brasilefi.a y el Derecho Norteamericano. Revista de la Asociaci6n de Ciencias Penales de Costa Rica, n° 17, 2000, 49-53.

BLASCO SOTO (Maria del Carmen) "El Sistema Acusatorio Formal y el Principia Inquisitivo". En documentos penales y criminol6gicos. En: Documentos Penales y Criminologicos. Volumen 1. LUZON PENA, Diego Manuel, PEDRAZ PENALVA, Ernesto y CUAREZMA TERAN, Sergio J. (Directores). Managua: HISPAMER, 2001

CABEZUDO RODRIGUEZ (Nicolas). "El Ministerio PUblico y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamerica". Editorial Comares, Granada, Espana, 1996.

CUAREZMA TERAN, Sergio. "La Policia en el Estado de Derecho Latinoamericano: El Caso Nicaragua". En: La Policia en los Estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigacion. Ambos, Kai, Juan-Luis Gomez Colomery RicharVogler. Bogota: Ediciones Juridicas Gustavo Ibanez C., Ltda., 2003, 423- 461.

Cuarezma Teran, Sergio. "El Desafio de la Justicia". En: El PNUD y Nicaragua ante el tercer milenio. Una vision nicaragU.ense sobre gobernabilidad y desarrollo humano. Managua, 2001, 63-68.

O La Posicion del Juez en Nicaragua. La Administracion de Justicia como Garante de los Derechos Humanos en Nicaragua. Managua: Editorial-Imprenta UCA, 1996.

CHIRINO SANCHEZ (Alfredo). "A Proposito del Principia de Oportunidad y del Criteria de Insignificancia del Hecho". En refiexiones sabre el nuevo proceso penal. Corte Suprema de Justicia. Asociacion de ciencias penales de Costa Rica. San Jose. 1996.

DE DIEGO DIEZ (Luis Alfredo). "Justicia Criminal Consensuada. (Algunos modelos del Derecho comparado en los EE. UU., Italia y Portugal". Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.

DE LA CRUZ OCHOA, Ramon. Reforma de la Administracion de Justicia en America Latina. Conferencia Pronunciada en el Congreso de la Asociacion Americana de Juristas celebrado en La Habana, Cuba, 18 de octubre de 2000, 1-15.

ELBERT, Carlos Alberto."El Control sin Estado y sin Politicas Criminales en la America Latina Globalizada". En: Documentos Penales y Criminologicos. Volumen 1. LUZON PENA, Diego Manuel, PEDRAZ PENALVA, Ernesto y CUAREZMA TERAN, Sergio J. (Directores). Managua: HISPAMER, 2001, 555-568.

HASSEMER, Winfried. El Derecho Penal del Estado de Derecho en los Tiempos del Terrorismo, en Derecho Penaly Estado de Derecho. Reftexiones sobre la tension entre riesgos y seguridad. Luis REYNA ALFARO y Sergio CUAREZMA TERAN (Directores), Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, 181-199.

HOUED (Mario), SANCHEZ (Cecilia) y FALLAS (David). "Proceso Penal y Derechos Fundamentales". Editado por la escuelajudicial de Costa Rica. Primera Edici6n. San Jose. 1997.

LANGBEIN (John H.). "Tortura y Plea Bargaining en el Procedimiento Abreviado. Traduccion de Maria Lousteau y Alberto Bovino. Editores del puerto s.r.l. Buenos Aires. 2001.

GALEANO, Eduardo. Patas Arriba. La escuela del mundo al reves. Mexico: Siglo XXI editores, 1999.

GONZALEZ ALVAREZ (Daniel). "El procedimiento intermedio". En reftexiones sobre el nuevo proceso penal. Corte Suprema de Justicia. Asociacion de ciencias penales de Costa Rica. San Jose. 1996.

"La Obligatoriedad de la Acci6n en el Proceso Penal Costarricense". Colegio de Abogados de Costa Rica. San Jose. 1986.

"La Conciliacion Penal en Iberoamerica". En revista de la asociacion de ciencias penales de Costa Rica. Aiio 12, No. 18. San Jose. 2000, p. 119.

PEDRAZ PENALVA (Ernesto). "Introduccion al Derecho Procesal Penal (Acotado al ordenamiento juridico nicaragiiense). Presentacion por Sergio J. Cuarezma Teran. Editorial HISPAMER, Managua, 2002.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto y CUAREZMA TERAN, Sergio. C6digo de Instruccion Criminal. Comentado, Concordado y Actualizado. Managua,

HISPAMER, segunda edicion, 2001.

PEREZ BALTODANO, Andres. "El Futuro de las Identidades Politicas de America Latina". Confidencial. Semanario de Informacion y AnaJ.isis, n0 233, 2001.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Seguridad Juridica e Inversiones. Acceso a la Justicia en Centroamerica y Panama. San Jose, Costa Rica, 2000.

PROYECTO ESTADO DE LA REGION – PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Segundo Informe sabre Desarrollo Humano en Centroamerica y Panama. Proyecto del Estado de la Region. San Jose, Costa Rica, 2003, 282-304.

Segundo Informe sabre Desarrollo Humano en Centroamerica y Panama. Resumen del Capitulo 7: El Desafio de la Democratizacion de la Justicia y del Fortalecimiento de la Rendicion de Cuentas. San Jose, Costa Rica 2003: http:/ /www.estadonacion.or.cr/Region2003/Paginas/prensa/Resumen-7.pdf

MAIER (Julio). "Situaci6n de la Justicia Penal y Problemas de los Sistemas Escritos". En revista de la asociacion de ciencias penales de Costa Rica. Ana No 3, No 4. San Jose, junio de 1991.

RODRiGUEZ GARCiA (Nicolas). "El Consenso en el Proceso Penal Espaflol". Jose Maria Bosch EditorS. L. Barcelona. 1997.

VIDAURRI (Manuel). El Legislador Penal y su Potestad Tipificadora. En Homenaje a profesor Hector Fix-Zamudio. Publicacion del Instituto de Estudio e Investigacion Juridica (INEJ) y el Instituto de Investigaci6n Juridica de la UNAM. Ivan Escobar Fornos y Sergio J. Cuarezma Teran (directores), Nicaragua, 2010. Pag. 393 a 445.

ZAFFARONI, Raul y Carranza, Elias (Coordinadores). Los Derechos Fundamentales en la Instrucci6n Penal en los Paises de America Latina, ILANUD, RAUL WALLENBERG INSTITUTE of Human Rights and Humanitarian Law, Editorial PORRUA, Mexico, 2007.

ZAFFARONI, Raul y MADLENER, Kurt. La Justicia como Garante de los Derechos Humanos: La independencia del Juez. San Jose, Costa Rica: ILANUD. 1996, 5-37.

"El Cursa de la Criminologia". Revista de la Asociaci6n de Ciencias PenaJ.es de Costa Rica, n0 18, 2000, 7-11.

"La Justicia como Garante de los Derechos Humanos en Mexico y en America Central: La independencia del Juez". En: La Justicia como garante de los Derechos Humanos: La independencia del juez. San Jose, Costa Rica: ILANUD, 1996, 5-37.

"Proceso Penal y Derechos Humanos: C6digos, Principios y Realidad". En: El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos. Mexico: Editorial Porrua, 2000, 3-24.

En medio siglo de existencia, la Universidad de San Martín de Porres ha alcanzado, por mérito propio, un lugar especial en el sistema educativo peruano, por ser una moderna institución con más de treinta mil alumnos y ubicarse entre las mejores universidades del país; que mira al futuro con optimismo y tiene la convicción de haberse convertido en un pilar de desarrollo en el Perú.

La Facultad de Derecho concurre a este feliz acontecimiento con la publicación del presente Libro Homenaje, que reúne en dos tomos, sesudos artículos referidos al Derecho Penal, la Criminología, la Política Criminal, el Derecho Procesal Penal, el Derecho Constitucional Penal y el Derecho de Ejecución Penal, elaborados por distinguidos y notables juristas nacionales, americanos y europeos, muchos de los cuales son profesores honorarios de nuestra casa estudios.

El Libro Homenaje que ofrecemos constituye de un lado, un esfuerzo extraordinario que bien merece nuestra comunidad de maestros y alumnos para continuar la senda de capacitación, perfeccionamiento y especialización para afrontar el desafío que las actuales circunstancias mundiales representan para la universidad, en términos de calidad de enseñanza, desarrollo de la investigación y responsabilidad social; y de otro lado, la legítima manifestación que con benevolente expectativa aguarda la comunidad jurídica internacional, que advierte en nuestra imagen un *focum culturae ius penalista*.

VERITAS LIBERABIT VOS
USMP 50 AÑOS | FONDO EDITORIAL

ISBN: 978-612-4088-69-8
9 786124 088698