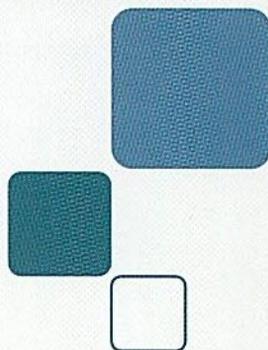


Gustavo A. Arocena • Digna M. Atencio Bonilla • Fabián I. Balcarce •
Sergio J. Cuarezma Terán • Francisco García Manzor • Tatjana Hörnle •
Mario A. Houed Vega • Mar Jimeno Bulnes • Leonardo Moreno Holman •
Luis Miguel Reyna Alfaro • Wilmer de Jesús Ruiz Carrero • José Sáez
Capel • Alfredo René Uribe Manríquez • Manuel Vidaurri Aréchiga

EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Fundamentos • Funcionamiento •
Cuestiones trascendentes

Luis Miguel
Reyna Alfaro
(Coordinador)





EL PROCESO PENAL ACUSATORIO **Fundamentos • Funcionamiento • Cuestiones trascendentes**

Coordinador

Luis Miguel Reyna Alfaro

Primera Edición - Setiembre 2015

Copyright 2015

© Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez
Georgina Condori Choque
Ricardo De la Peña Malpartida
Diego Camasca Borja
José Carrascal Quispe
Anyela Aranda Rojas

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C. - 2015
Jr. Castrovirreyña N° 224 - Breña
Central: 332-5766
E-mail: preprensa@aempresarial.com

Tiraje: 7 100 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 11501051500971

ISBN : 978-612-4265-55-6

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N°** : 2015-12618

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyña N° 224 - Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.



Índice

| | |
|------------------------|----|
| Abreviaturas..... | 13 |
| Presentación..... | 15 |
| Sobre los autores..... | 17 |

PRIMERA PARTE LOS FUNDAMENTOS

Luis Miguel Reyna Alfaro

El proceso penal ¿acusatorio? ¿adversarial?

| | |
|---|----|
| 1. ¿Qué es acusatorio y qué es el adversarial? | 21 |
| 2. Igualdad de armas | 24 |
| 3. Los mecanismos de equilibrio procesal. | 24 |
| 3.1. La imparcialidad/ objetividad de la actuación fiscal..... | 24 |
| 3.2. Presunción de inocencia | 25 |
| 3.3. El derecho de defensa | 26 |
| 4. El modelo acusatorio en las reformas del proceso penal en Latinoamérica . | 26 |
| 5. La tendencia a la <i>fast justice</i> y la mcdonalización de la justicia penal | 27 |

Mar Jimeno Bulnes

El proceso penal en los sistemas del *Common Law* y *Civil Law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI

| | |
|---|----|
| 1. Introducción..... | 32 |
| 2. Contexto histórico: ¿dos o tres modelos de proceso penal?..... | 40 |
| 2.1. Acusatorio | 42 |
| 2.2. Inquisitivo | 46 |
| 2.3. Mixto y/o acusatorio formal..... | 50 |
| 3. Cuestiones terminológicas y características esenciales: ¿proceso penal acusatorio y/o adversarial?..... | 55 |
| 4. Influencia mutua entre el proceso penal angloamericano y el europeo continental | 69 |

| | |
|--------------------------------|----|
| 4.1. Fase de instrucción | 70 |
| 4.2. Juicio oral | 86 |
| 5. A modo de conclusión | 97 |

José Sáez Capel

**Evolución de los sistemas procesales penales en
Latinoamerica y el Caribe de habla no inglesa**

| | |
|-----------|-----|
| I. | 105 |
| II. | 106 |
| III. | 110 |
| IV. | 116 |

Luis Miguel Reyna Alfaro

Introducción al proceso penal norteamericano

| | |
|---|-----|
| 1. Antecedentes | 119 |
| 2. Fuentes del derecho norteamericano | 120 |
| 2.1. La Constitución Federal | 120 |
| 3. La jurisdicción penal | 122 |
| 4. Los límites de la jurisdicción y la competencia | 122 |
| 5. El modelo procesal | 123 |
| 6. Las fuentes del derecho y la importancia del precedente judicial | 124 |
| 7. Fases o etapas del proceso penal norteamericano | 125 |
| 7.1. La investigación preliminar | 125 |
| 7.2. El gran jurado (o jurado de acusación) y la audiencia preliminar | 126 |
| 7.3. La instrucción de cargos | 127 |

**SEGUNDA PARTE
EL FUNCIONAMIENTO**

Leonardo Moreno Holman / Francisco García Manzor

El modelo procesal penal chileno

| | |
|---|-----|
| 1. Antecedentes previos | 131 |
| 2. Modelo procesal penal vigente | 133 |
| 3. Relación con el modelo anterior | 133 |
| 4. Principios del nuevo proceso penal | 134 |
| A. Principios de la persecución penal | 135 |
| B. Garantías individuales ante la persecución penal | 137 |
| 5. Producción y control de información | 139 |

| | | |
|------|--|-----|
| 6. | Nuevas instituciones procesales..... | 141 |
| 6.1. | La cautela de garantías..... | 141 |
| 6.2. | Procedimiento simplificado..... | 146 |
| 6.3. | Recurso de nulidad..... | 148 |
| 6.4. | Restricción de causales de exclusión de prueba..... | 150 |
| 6.5. | Dos comentarios finales en base a experiencia de implementación del sistema..... | 152 |

Alfredo René Uribe Manríquez

Ensayo sobre la implementación del sistema procesal penal acusatorio en México

| | | |
|------|--|-----|
| 1. | Legislación vigente y sus antecedentes (lo que se es)..... | 156 |
| 2. | El modelo procesal vigente (lo que se tiene)..... | 158 |
| 3. | Instituciones procesales a partir de la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales en México. (lo que se tiene)..... | 162 |
| 3.1. | Investigación..... | 163 |
| 3.2. | Intermedia..... | 165 |
| 3.3. | Juicio oral..... | 166 |
| 4. | Instituciones problemáticas. (lo que es debido)..... | 167 |
| 5. | Bibliografía consultada..... | 169 |

Wilmer de Jesús Ruiz Carrero

El proceso penal acusatorio en Venezuela

| | | |
|-------|--|-----|
| 1. | Introducción al tema..... | 171 |
| 2. | Características del sistema acusatorio venezolano..... | 173 |
| 3. | Principios orientadores del proceso penal..... | 174 |
| 3.1. | Juicio previo y debido proceso..... | 174 |
| 3.2. | Principio del juez natural..... | 174 |
| 3.3. | Principio de afirmación de la libertad..... | 175 |
| 3.4. | Principio de presunción de inocencia..... | 175 |
| 3.5. | Principio del <i>indubio pro reo</i> | 176 |
| 3.6. | Defensa e igualdad entre las partes..... | 176 |
| 3.7. | Principio del respeto a la dignidad humana..... | 177 |
| 3.8. | Principio de única persecución..... | 177 |
| 3.9. | Principio de cosa juzgada..... | 177 |
| 3.10. | Principio de oportunidad..... | 178 |
| 3.11. | Principio de apreciación de la prueba..... | 178 |
| 3.12. | Principio de oficialidad..... | 178 |
| 3.13. | Principio de doble instancia..... | 179 |
| 3.14. | Principio de oralidad..... | 179 |
| 3.15. | Principio de publicidad..... | 180 |

| | |
|--|-----|
| 3.16. Excepciones al principio de publicidad | 180 |
| 3.17. Principio de intermediación..... | 180 |
| 3.18. Principio de concentración..... | 181 |
| 3.19. Principio de contradicción..... | 181 |
| 3.20. Principio de autonomía, independencia y autoridad de los jueces..... | 181 |
| 3.21. Principio de la participación ciudadana..... | 182 |
| 3.22. Principio de la carga de la prueba | 182 |
| 4. Fases del proceso penal acusatorio | 182 |
| 4.1. Fase preparatoria..... | 183 |
| 4.2. Fase intermedia..... | 184 |
| 4.3. Fase de juicio | 184 |
| 5. El Ministerio Público y la investigación | 185 |
| 6. Los órganos de investigación penal..... | 187 |
| 7. El juicio oral y público | 189 |
| 7.1. El auto de apertura a juicio..... | 190 |
| 7.2. Desarrollo del debate. Apertura..... | 190 |
| 7.3. Recepción de pruebas | 191 |
| 7.4. Discusión final y cierre del debate..... | 191 |
| 7.5. La sentencia..... | 192 |
| 8. Los procedimientos especiales..... | 192 |

TERCERA PARTE LAS CUESTIONES TRASCENDENTES

Tatjana Hörnle

Responsabilidad democrática y participación de legos en los procesos penales

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción: jurados y jueces legos en Inglaterra y Alemania | 197 |
| 2. El reclamo enérgico: la participación laica es una condición necesaria para fallos legítimos..... | 200 |
| 2.1. Responsabilidad democrática. ¿Por qué solamente en algunos procesos? | 200 |
| 2.2. El antecedente histórico | 201 |
| 2.3. El significado de democracia hoy..... | 203 |
| 3. La débil objeción: la participación lega es valiosa | 207 |
| 3.1. Aumento de la confianza pública..... | 207 |
| 3.2. Ciudadanos activos..... | 209 |
| 3.3. Influencia en el desarrollo de la ley | 210 |
| 3.4. Valores locales | 212 |
| 3.5. Autonomía de los acusados | 213 |
| 3.6. La participación laica para contrabalancear los hábitos de los jueces profesionales..... | 215 |
| 4. Conclusión..... | 216 |

Sergio J. Cuarezma Terán

¿La justicia penal para la economía?

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción: un proceso de marcha y contramarcha | 219 |
| 2. Crisis y fundamento para su reforma | 221 |
| 3. La naturaleza de la reforma de la justicia | 222 |
| 4. Riesgos de la reforma de la justicia en una soberanía limitada | 225 |
| 4.1. El <i>plea bargaining system</i> | 226 |
| 4.2. El retorno de las viejas políticas autoritarias | 232 |
| 5. Consideraciones finales..... | 235 |
| Bibliografía..... | 235 |

Mario A. Houed Vega

Los mecanismos alternativos para la solución de conflictos en la legislación procesal penal costarricense: origen y aplicación

| | |
|--|-----|
| Introducción | 239 |
| I. Aspectos generales | 241 |
| II. Mecanismos o procedimientos alternativos en general..... | 247 |
| III. Conclusiones y recomendaciones | 289 |
| Bibliografía..... | 290 |

Manuel Vidaurri Aréchiga

Algo sobre jueces y derechos humanos: los vínculos inevitables

| | |
|--|-----|
| 1. El juez en tres dimensiones | 299 |
| 2. Perfil <i>político</i> y <i>científico</i> del juez | 300 |
| 3. Algo más sobre el perfil <i>político</i> del juez..... | 301 |
| 4. Algo más sobre el perfil <i>científico</i> del juez..... | 302 |
| 5. La visión integradora | 302 |
| 6. La brújula del juez..... | 303 |
| 7. El derecho internacional de los derechos humanos y la administración de justicia..... | 304 |
| 8. El juez y los derechos humanos | 306 |
| 9. A modo de conclusión..... | 311 |

Digna M. Atencio Bonilla

Recurso de casación: el modelo acusatorio

| | |
|------------------------|-----|
| 1. Introducción | 313 |
| 2. Generalidades | 313 |

| | | |
|----|---|-----|
| 3. | De la formalización del recurso..... | 317 |
| 4. | La fase de admisibilidad, celebración de audiencia y decisión de la sala..... | 323 |
| 5. | Conclusiones | 326 |

Gustavo A. Arocena / Fabián I. Balcarce

**Bases y puntos de partida para la construcción de un
derecho penal económico procesal**

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Introducción | 328 |
| 1. | Desgajamiento y panpenalismo | 328 |
| 2. | Derecho penal simbólico | 329 |
| II. | Clasificación y enunciación..... | 330 |
| III. | Principios relativos al Derecho penal económico procesal como disciplina ... | 330 |
| IV. | Principios de Derecho penal económico procesal estático subjetivo | 331 |
| 1. | El tribunal | 331 |
| 2. | Actor penal..... | 335 |
| 3. | Sometido a proceso penal..... | 336 |
| 4. | Actor y demandado civiles..... | 337 |
| V. | Principios de Derecho penal económico procesal estático objetivo | 337 |
| 1. | Comunicaciones..... | 337 |
| 2. | Medidas de coerción | 337 |
| 3. | Prueba..... | 337 |
| 4. | Valoración | 337 |
| 5. | Razón suficiente..... | 338 |
| VI. | Principios de Derecho penal económico procesal dinámico | 338 |
| 1. | Etapa prejudicial..... | 338 |
| 2. | Investigación penal preparatoria | 340 |
| 3. | Juicio | 341 |
| 4. | Recursos | 342 |
| 5. | Ejecución..... | 343 |
| VII. | Conclusiones | 344 |
| | Bibliografía..... | 345 |

¿LA JUSTICIA PENAL PARA LA ECONOMÍA?

Sergio J. Cuarezma Terán*

Profesor de Derecho penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica y de la Universidad Americana (Nicaragua)

SUMARIO: 1. Introducción: un proceso de marcha y contramarcha. 2. Crisis y fundamento para su reforma. 3. La naturaleza de la reforma de la justicia. 4. Riesgos de la reforma de la justicia en una soberanía limitada. 4.1. El *plea bargaining system*. a. La posición del juez en el *plea bargaining*. 4.2. El retorno de las viejas políticas autoritarias. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: UN PROCESO DE MARCHA Y CONTRAMARCHA

En los últimos años Centroamérica —y en particular, Nicaragua— ha experimentado cambios sustanciales y positivos como, por ejemplo, el paso de la guerra a la paz, y la decisión formal de construir sistemas de vida política sobre la base de los principios básicos de la democracia, la paz, la libertad, el respeto de los derechos humanos y el desarrollo sostenible, a pesar de grandes limitaciones económicas. Esta decisión que ha tomado la región hace imprescindible el continuar trabajando en la dirección del fortalecimiento institucional, el reconocimiento, la promoción y defensa de los derechos humanos y el fomento de la gobernanza. Para ello, además, debe tenerse en consideración las transformaciones que ha experimentado el mundo que obliga a la región a su integración para afrontar estos retos.

Así, los pueblos del istmo han optado con determinación por un nuevo orden construido en torno a la no confrontación, cuyo objetivo final es alcanzar la democracia con desarrollo social y justicia para el mayor número de personas. Este contexto, generado en 1990, creó ciertas condiciones que podrían desembocar en el surgimiento de una cultura política regional que tiene como principales rasgos característicos la pacificación, la democratización, la transformación de instituciones democráticas, todo esto dentro de una visión de

* E-mail: sergio.cuarezma@inej.net. Sitio web: www.sergiocuarezma.com.

integración regional. La participación de la sociedad organizada en la región juega un rol estratégico y fundamental en el proceso de transformación del Estado, en la creación, promoción y gestión de las políticas públicas y el diseño del sistema de vida político, ya que a través de ella se canaliza el interés en la construcción de una sociedad democrática y la reconstrucción del Estado para promover y mejorar la participación de la misma, es decir, la gestión en los intereses colectivos desde el marco de la ciudadanía.

No obstante, y a pesar de todo este esfuerzo, no se han superado las contradicciones económicas y sociales, la pobreza ha aumentado, la iniquidad y la violencia social no han desaparecido, aunque siempre se explicaron como un producto de la ausencia de regímenes democráticos. También, y con gran preocupación, hay que advertir que algunas de las características de los gobiernos del pasado no han desaparecido. Aunque no existen dictaduras ni regímenes militares, en la región se destaca una fragilidad y el incumplimiento sistémico del Estado de derecho, la interrupción de regímenes constitucionales, fraudes en los procesos electorales, persecución política, tendencia a la exclusión de las personas en la actividad pública, el desmantelamiento de la sociedad civil, y el control absoluto de las funciones del Estado por el Poder ejecutivo, suprimiendo la división de poderes que cumple, en un Estado de derecho republicano, la función de pesos y contrapesos, todo esto, originando una desagradable escena de degradación de dicho modelo de Estado en un Estado de policía. En consecuencia, las personas tienen muy poca injerencia en los temas públicos, como que si luego de elegir hubieran delegado a los funcionarios sus derechos políticos, lo que hace que las grandes mayorías queden de nuevo excluidas de la esfera del poder y de los espacios de tomas de decisiones, contrario a la idea de participación democrática, con la cual se dieron los primeros pasos a la democratización de la región, y de Nicaragua.

En este proceso de marchas y contramarchas, la región, y Nicaragua, debe concentrar su energía de forma estratégica en promover el aseguramiento de las condiciones básicas de vida para el ciudadano (seguridad humana), la erradicación de la pobreza, fortalecer el desarrollo participativo, propiciar la creación de espacios de democratización, el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas y la creación del Estado de derecho y sus principios: supremacía de la ley, legalidad administrativa, jerarquía normativa, separación de poderes, tutela de los derechos humanos y control constitucional. Los esfuerzos dirigidos hacia la creación y fortalecimiento de las condiciones para el respecto de estos principios del Estado de derecho significarían el cimiento para lograr un desarrollo integral, ya que estos permitirían ofrecer condiciones para la gobernanza y la estabilidad en el proceso democrático que actualmente vive la región, y Nicaragua. En aspectos concretos, igualmente implica generar la confianza para la inversión privada como actor importante en el fortalecimiento económico de los países de la región.

En esta línea de pensamiento, la promoción del Estado de derecho constitucional permite a los sectores menos favorecidos o vulnerables la reivindicación y defensa de sus derechos y libertades con la promoción de la seguridad jurídica, producto de la garantía de la independencia de la justicia y la no concentración del poder. Por tanto, se deben aunar esfuerzos para identificar y aplicar para las próximas décadas una estrategia para fortalecer y profundizar el proceso de construcción o transformación del Estado de derecho, la participación ciudadana y los espacios para el diálogo democrático de carácter real y horizontal, y no formal y vertical.

2. CRISIS Y FUNDAMENTO PARA SU REFORMA

La solidez de las instituciones de justicia y del Estado de derecho, en cualquier país, constituyen 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 expectativas de derechos y garantías de la población. Hoy día, 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 independencia e imparcialidad, un árbitro que pueda hacer respetar las reglas (previas) del juego democrático.

En este sentido, la justicia (y su reforma) viene ocupando, aunque con lentitud, un plano importante dentro de los temas políticos e institucionales de la región. La razón de ello es evidente, la región no había 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 último 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”¹.

Esta crisis de la justicia y su reforma se manifestó en un proceso mundial de cambios y transformaciones de los sistemas políticos, por ejemplo,

1 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 de 2000.

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 obligaron a que el tema de la justicia, pasara a considerarse no “solo 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 en 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”.

3. LA NATURALEZA DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA

En el contexto de este proceso complejo de reforma de la justicia,

“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”.

Como expresa Ramón DE LA CRUZ OCHOA², 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, y Nicaragua, 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 OCHOA³,

“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

2 Loc. cit.

3 Loc. cit.

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 solo 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”.

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. 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 acusatorio (con un fuerte componente inquisitivo).

Ejemplo de esa visión economicista y técnica de la reforma de la justicia, se pone de manifiesto en un excelente estudio del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo sobre la Seguridad Jurídica e Inversiones realizado en Centroamérica y Panamá⁴. 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”.

4 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, p. 15.

En este sentido, UMAÑA⁵ recuerda que estudios similares del Banco Mundial han encontrado causalidades entre la credibilidad y estabilidad de los sistemas jurídicos y las variaciones del crecimiento del PIB per cápita.

No existe ninguna duda de que la reforma del sistema de justicia, en especial la penal, debe garantizar la seguridad jurídica para el desarrollo económico y además, asegurar que las normas no solo se apliquen, sino que exija su cumplimiento efectivo. En este sentido, el valor de la justicia concebido como aplicabilidad o exigibilidad permite identificar violación al orden jurídico y sancionar al transgresor o reparar el daño a favor de la víctima. Sin embargo, la reforma de la justicia también es vital para la realización efectiva de la democracia y los derechos humanos —no solo para la creación de un ambiente seguro para los negocios—, recogidos en buena parte de las Constituciones políticas de la región, pero sin posibilidad de realizarse. Los derechos humanos —como expresa ZAFFARONI⁶— deben ser, ante todo, “garantizados por los gobiernos y, en especial, por los poderes judiciales nacionales. Los organismos internacionales, políticos o jurisdiccionales, no son más que reaseguros que operan cuando fallan las garantías nacionales, pero jamás pueden sustituir a estas”.

No hay duda de que la seguridad jurídica exige un sistema funcional, expedito, transparente e imparcial, sin embargo, no hay acuerdo en qué consiste la imparcialidad y la rapidez del sistema de justicia. El estudio sobre la Seguridad Jurídica e Inversión⁷ pone de manifiesto el interesante dato que

“la cultura jurídica centroamericana popular —no así la del sector privado, aparenta inclinarse por cierta ausencia de orden y rapidez siempre y cuando se asegure cierto nivel de justicia social, mientras que la misma cultura en los países desarrollados (y principales sedes de las empresas inversionistas) prefieren arriesgarse a la injusticia antes que soportar el desorden y el atraso judicial”.

- 5 UMAÑA, Mario. *Inversión Extranjera Directa en Centro América: el rol de la seguridad jurídica*. Marzo, 2002, p. 22. Documento en proceso, recuperado de: <<http://www.incae.edu/es/clacds/publicaciones/pdf/cen443.pdf>>.
- 6 Citado por CUAREZMA TERÁN, Sergio, *La posición del juez en Nicaragua. La Administración de Justicia como garante de los Derechos humanos en Nicaragua*. Managua: Editorial-Imprenta UCA, 1996, p. 13.
- 7 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, p. 81.

4. RIESGOS DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA EN UNA SOBERANÍA LIMITADA

La región pasa por un momento de transnacionalización de sus Estados y cada vez son más dependientes. Sus soberanías están limitadas. Mediante estos procesos, señala el profesor de la Universidad de Western, Ontario, Andrés PÉREZ BALTOIANO⁸,

“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 ZAFFARONI⁹, 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 BALTOIANO¹⁰, 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 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”.

8 PÉREZ BALTOIANO, Andrés. “El futuro de las identidades políticas de América Latina”, en *Confidencial*. Semanario de Información y Análisis, N.º 233, 2001, p. 1.

9 ZAFFARONI, Raúl, “El curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, N.º 18, 2000, pp. 10-11.

10 Citado por PÉREZ BALTOIANO, “El futuro de las identidades políticas de América Latina”, cit., p. 2.

Un ejemplo es la exigencia de la reforma de la justicia. Muchas de las reformas en materia de justicia, y en particular, de la penal, fueron condicionadas de forma exógena (sin perjuicio de la necesidad de reformarlas), y no se construyeron desde las particulares necesidades y contradicciones de la sociedad.

En esa línea de pensamiento apuntada, podemos observar que la transformación regional de la justicia, y en particular la de Nicaragua, estuvieron inducidas o condicionadas por los países centrales o industrializados para optar por un nuevo modelo de justicia y, por su coste, a menor acceso a la justicia, nos referimos al *Common Law*. Este sistema de tradición anglosajona, como advierte Umaña¹¹, “desarrollado en principio en el Reino Unido y trasladado 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”.

4.1. El *plea bargaining system*

Este sistema, injertado en la justicia de la región, y con gran profundidad en el nicaragüense, ha instaurado una “justicia rápida” (*fast justice*) a través del *plea bargaining system*, más pudorosamente traducido como negociación¹². En el desarrollo del trabajo, advertimos que determinar la naturaleza de la reforma nos permite a la vez determinar el impacto que esta tiene en las instituciones y cuerpo normativo que la reforma crea, como por ejemplo, la creación de la denominada justicia negociada, que privatiza de la justicia.

El *plea bargaining system* (regateo de la justicia), de tradición anglo-norteamericana, es consecuente con la naturaleza economicista de la reforma de la justicia. Esta institución excluye al juez del conflicto, igual que en el mercado libre que no hay 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 DíEZ¹³, para los *econometricians* el *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 cuántum de los recursos disponibles. A partir

11 UMAÑA, *Inversión extranjera directa en Centro América: el rol de la seguridad jurídica*, cit., p. 28.

12 ZAFFARONI, “El curso de la Criminología”, cit., p. 15.

13 DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo. “La *plea bargaining* de los EE. UU.”, en *Justicia criminal consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE. UU., Italia y Portugal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 61.

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 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”¹⁴.

FEELEY¹⁵ 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”.

El regateo promueve procedimientos “reacios a los preceptos éticos, que nada tienen que ver con la justicia ni la equidad”, como expresa José Carlos BARBOSA MOREIRA¹⁶, 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”¹⁷.

Para ZAFFARONI¹⁸, 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 preocupante, porque puede ser fácilmente vendible a los políticos preocupados por las demandas públicas de una justicia penal más rápida”. Para ZAFFARONI¹⁹, 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 llamar al *plea bargaining* un “sórdido proceso” y John LANGBEIN²⁰, de la

14 DE DIEGO DíEZ, “La *plea bargaining* de los EE. UU.”, cit., pp. 61-62.

15 Citado por DE DIEGO DíEZ, “La *plea bargaining* de los EE. UU.”, cit., p. 52.

16 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, N.º 17, 2000, p. 52.

17 ZAFFARONI, E. Raúl y Elías CARRANZA (coords.), *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*, México D. F., 2007, p. 46.

18 Loc. cit.

19 Loc. cit.

20 LANGBEIN, John H. “Tortura y *plea bargaining*”, en Julio B. MAIER y Alberto BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 9.

Universidad de Chicago, ha llegado a contrastarla con el derecho medieval europeo sobre la tortura, “las semejanzas entre el sistema moderno de *plea bargaining* y el antiguo sistema de tortura judicial son muchas y escalofriantes”. Asimismo, indica LANGBEIN²¹ que el *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 el *plea bargaining*, buscará en vano. En su lugar encontrará, una garantía opuesta, la garantía del juicio previo”.

En este sentido, ZAFFARONI²² expresa que el *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 un 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 requisito fundamental podrá la selectividad estructural del poner punitivo: perjudica solo 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 DÍEZ²³, “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 DÍEZ²⁴,

“el enorme número de 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 con-

21 Loc. cit.

22 ZAFFARONI, E. Raúl, “América Latina: Análisis regional, proceso penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad”, en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Ernesto PEDRAZ PENALVA y Sergio CUAREZMA TERÁN (directores), *Documentos penales y criminológicos (DPC)*, Volumen I, Hispamer, 2001, p. 352.

23 DE DIEGO DÍEZ, “La *plea bargaining* de los EE. UU.”, cit., p. 54.

24 DE DIEGO DÍEZ, “La *plea bargaining* de los EE. UU.”, cit., p. 55.

centrar los esfuerzos de la acusación en los casos de provocar mayor alarma social, entre otros”.

En este sentido, como plantea DE DIEGO DÍEZ²⁵,

“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”.

ALSCHULER²⁶, 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”.

El *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, y del nicaragüense, es la tutela de los derechos humanos mediante la aplicación (y no la negociación) de la ley (arts. 158 y 160 Constitución Política). Conforme con 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 este se aplica (o debería aplicarse) solo por jueces y tribunales constitucionales en el marco de un proceso penal. En el Derecho penal la descripción 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 así se puede “condenar y remover la presunción de inocencia”.

No cabe duda de que la *negociación* conduce a la privatización del proceso penal (de la justicia penal). Es —como expresa AMODIO²⁷— “una verdadera

25 Citado por DE DIEGO DÍEZ, “La *plea bargaining* de los EE. UU.”, cit., p. 18.

26 Citado por DE DIEGO DÍEZ, “La *plea bargaining* de los EE. UU.”, cit., p. 59.

27 Citado por DE DIEGO DÍEZ, “La *plea bargaining* de los EE. UU.”, cit., p. 75.

y propia exaltación de la autonomía de las partes”. Este criterio encuentra su fundamento conceptual en la 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 daca, según BROWN²⁸ “expropia a las partes de sus específicos papeles y las reduce, en el mejor de los casos, al nivel de mercaderes; en el peor, a intrigantes. Jueces y abogados olvidarán su deber de contribuir a la búsqueda de la verdad, mientras los representantes de la acusación y los defensores no se dedicarán a preparar el proceso penal con el interés necesario”.

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*.

a. La posición del juez en el *plea bargaining*

En Nicaragua, en el año 2004, se llevó a cabo una investigación comparada por los profesores e investigadores del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Rosario ALVARADO CHACÓN y Jorge Luis MORALES GARCÍA, jueces del Poder Judicial costarricense, sobre la negociación en la justicia penal²⁹. El trabajo presenta análisis sobre: el *plea bargaining system* de los Estados Unidos de América, modelo que sirvió de base a otros institutos de los sistemas de tradición jurídica continental europea como son los supuestos del *patteggiamento* italiano, del procedimiento abreviado costarricense y del acuerdo en el Código procesal penal nicaragüense. Igualmente comprende la oportunidad reglada en la ordenanza procesal penal alemana, en el Código procesal penal costarricense y la prescindencia de la acción penal en el nicaragüense.

La investigación hizo un análisis comparativo de legislaciones europeas y anglosajonas, a fin de determinar el papel hegemónico que las visiones de los países desarrollados ejercen sobre aquellos que, como las naciones de Costa Rica y Nicaragua, presentan un esencial interés, sobre todo, de carácter económico, para esos centros de concentración de poder. Con esto se espera extraer conclusiones válidas y claras respecto del tema central de la investigación, el rol del juez en la justicia penal negociada, lo cual requirió, además, para su enriquecimiento de fuentes doctrinarias de legislación, jurisprudencia y aportaciones críticas hechas por los autores de la investigación desde la función de la judicatura.

28 Citado por DE DIEGO DÍEZ, “La *plea bargaining* de los EE. UU.”, cit., p. 50.

29 ALVARADO CHACÓN, Rosario y Jorge Luis MORALES GARCÍA, *La negociación en la justicia penal: la posición del juez. Estudio comparado (Alemania, Costa Rica, Estados Unidos, Italia y Nicaragua)*, Managua, 2004, pp. 159 y ss.

La investigación establece que esta institución no puede verse en forma aislada de los factores que condicionan la reforma penal en Centroamérica y que también explican, en gran medida, el grado de uniformidad de las legislaciones, como de los organismos internacionales que impulsan su gestión. En Nicaragua, pese a que no existía una necesidad apremiante para instaurar una reforma penal en virtud de la mora judicial³⁰

"los índices de retardo de justicia en causas con detenidos había disminuido del 12% en diciembre de 1999, al 4% en diciembre del 2000 en Juicios Ordinarios; y del 50% al 7% en el mismo periodo en Juicios Especiales de Adolescentes."

Es lo que ocurre en otros países de la región como Costa Rica. Esto contribuye con las posiciones de los abanderados de la gestión de la reforma, que critican un código de instrucción criminal con más de un siglo de vigencia. Sin embargo, son las razones ideológicas las que pesaron más en impulsar la reforma que en el tipo de reforma que se debió impulsar.

Respecto del rol del juez en el *acuerdo* nicaragüense, la investigación expresa que la similitud o proximidad del sistema nicaragüense con el angloamericano le hace acreedor de las principales críticas de aquel, abonadas con la circunstancia de que la importación de este cuerpo extraño a la realidad socio-jurídica nicaragüense provocará 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 procesal es su falta de transparencia. La intervención del juez nicaragüense en el procedimiento de acuerdo es nula, su aparición se da cuando este ya está logrado, cuando todo se ha discutido. La función o rol del juez nicaragüense en este procedimiento (en el caso de que llegue a su conocimiento, pues se puede dar de facto en el proceso de investigación) es de mero fedatario de una situación en donde no tuvo ninguna participación 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 tendría como base fáctica el hecho confesado y estaría vinculada por el acuerdo de las partes en cuanto a las consecuencias punitivas. Así las cosas, la investigación concluye que la participación del juez nicaragüense en el trámite del acuerdo es prácticamente nula, desprovista de cualquier posibilidad real de ejercer un control garantista de los derechos fundamentales del imputado.

30 *Memoria de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (1996-2000)*, Managua. Publicación de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua, 2001, p. 80.

4.2. El retorno de las viejas políticas autoritarias

También estas reformas de corte economicistas han empujado a la región a importar políticas puramente represivas, como, por ejemplo, la denominada “ley y orden” o “tolerancia cero”. Este tipo de política tiene un grave impacto en el detrimento de los derechos humanos, especialmente de los derechos fundamentales del debido proceso a favor de la persona imputada en la fase de investigación penal, controlada legal y fácticamente por los órganos represivos de seguridad o policial.

Esta política punitiva, fundamentada en golpear duro a los delincuentes y sin garantías, atribuye mayores atribuciones a la policía para la “lucha” o “represión” contra el delito, en detrimento de los derechos y garantías de las personas, incluyendo a las sometidas a investigación. En palabras de Eduardo Galeano³¹, “la represión plan bestia, pócima mágica elogiada por los medios de comunicación, se descarga generalmente con saña sobre los sectores marginales y otras minorías”.

Estamos, conforme con esta política, producto de la naturaleza económica de la reforma de la justicia penal, retornando a 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, según “la enorme concentración de riqueza y, a la vez, cuidar la “concentración” de la miseria”³². Por esta razón, la visión del criminólogo Carlos Alberto ELBERT³³ no deja de ser acertada a futuro, o a lo menos sugerente, cuando expresa que la vida urbana del siglo XXI, más que vida,

“será una pesadilla insufrible; mayores zonas marginales, personas sin documentación ni trabajo estable, pagando salteado sus alquileres y servicios. Esta situación hace más fácil criminalizar a los excluidos, tanto en el plano individual como familiar o colectivo. Dada la evidente procedencia social de los protagonistas sociales, la selección de sospechosos y diferentes resulta extremadamente obvia y los grupos considerados peligrosos pueden ser seleccionados con solo observar las multitudes por las calles”.

31 GALEANO, Eduardo. *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés*. Siglo XXI, México D. F., 1999, p. 88.

32 ZAFFARONI, “El curso de la Criminología”, cit., p. 9; CUAREZMA TERÁN, Sergio *et al.* “La policía en el Estado de Derecho latinoamericano: el caso Nicaragua”. En: *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación* (AMBOS, Kai; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Richard VOGLER). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Ltda., 2003, p. 423.

33 ELBERT, Carlos Alberto. “El control sin Estado y sin políticas criminales en la América Latina globalizada”, en Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Ernesto PEDRAZ PENALVA y Sergio CUAREZMA TERÁN (directores), *Documentos penales y criminológicos (DPC)*, Volumen I, Hispamer, 2001, p. 565.

La naturaleza económica de la reforma de la justicia de lo penal permite entonces comprender el papel que le toca jugar a instituciones como, por ejemplo, la policía, un rol, en este caso, de cuidar la libre circulación de bienes y capitales, una policía no como “medio”, sino como “fin” de la economía globalizada, de la tutela del tráfico de capital y mercancía en y entre territorios, y no como una institución para la prevención del delito y garante de la seguridad ciudadana. Ahora bien, la policía para garantizar esta misión, proteger el capital de la “concentración de la miseria”, necesita de suficientes garras, estas no son otras que las extensas facultades que la legislación procesal penal le confiere a dicha institución en detrimento de la libertad y la seguridad de las personas, sobre todo de aquellas sometidas a la pobreza y marginalidad. Así, podemos apreciar una policía que controla, sin ningún tipo de auditoría judicial, la fase de investigación en el proceso penal (acusatorio) para la construcción de un caso penal.

En la investigación realizada por ILANUD en Latinoamérica (2007), bajo la dirección científica del profesor ZAFFARONI, sobre *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*³⁴, en la cual se estudió el caso de Nicaragua, se llegó a comprobar empíricamente las violaciones de los derechos fundamentales de las personas imputadas en la etapa de investigación.

En las conclusiones se presentan hallazgos graves, violaciones propias de un proceso inquisitivo, identificadas en las nuevas legislaciones de corte acusatorio. 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 incomunicados; 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 revelar 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.

34 ZAFFARONI, E. Raúl y Elías CARRANZA (coords.), *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*, México D. F., 2007, p. 41.

Esto vendría a explicar por qué el nuevo proceso penal en los países de la región, y en especial de Nicaragua, le confiere a la policía un poder extenso en la investigación y además sin control de ningún tipo, mucho menos del judicial, solo subordinado a la autoridad administrativa, en este caso, del Poder ejecutivo, del cual depende en la mayoría de los casos. Podemos advertir entonces, en esta línea de pensamiento, que establecer o identificar la naturaleza de la reforma de la justicia penal, no solo es necesaria, sino que es vital, porque permite comprender cómo y por qué se estructura el actual proceso penal de la región, y en especial del nicaragüense (de modelo acusatorio, pero con fuerte rasgo inquisitivo), de una determinada forma, la función de determinados institutos procesales y la importación de figuras procesales de otros sistemas jurídicos, como el *plea bargaining system*.

La reforma de la justicia penal estaba concebida para la defensa de los derechos y garantías de la persona sometida al proceso y la democratización del proceso penal. Para esto se apostaba por la derogación del modelo inquisitivo y optar por un modelo acusatorio que representaba mayor garantía que el anterior. Así lo expresó la solitaria e importante sentencia número 20/2009 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua:

“Uno de los lineamientos centrales que inspiró a la reforma procesal penal en nuestro país, es la de conseguir que en la tramitación de todas las fases del procedimiento penal se respeten los derechos fundamentales o garantías constitucionales de las personas objeto de juzgamiento penal, pues sin lugar a dudas el procedimiento inquisitivo establecido en el código de instrucción criminal derogado se caracterizaba porque se desarrollaba al margen del respeto de estas garantías constitucionales o al menos con una muy reducida aplicación, a pesar de estar consagrados expresamente en la Constitución Política y en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Nicaragua” (Considerando II).

Sin embargo, la reforma de la justicia penal, partiendo de nuestra idea, se concibió para la seguridad jurídica de las inversiones económicas y financieras, a tal punto que el diseño de proceso penal nicaragüense de “modelo acusatorio” está orientado a garantizar aquella seguridad globalmente requerida para la protección del capital y el tráfico de la mercancía, no en vano ambas se dan en similar contexto. Esto explica, además, que hayan sido las agencias o instituciones económicas internacionales las que hayan invertido el dinero necesario para tal reforma. No olvidemos el viejo adagio: “quien pone la plata, pone los músicos”. Por esta razón, nos da la sensación –como dice Zaffaroni³⁵ (2000, p. 10)– “de que todo está al revés y de alguna manera parece que así es, conforme a nuestras pautas todo parece estar al revés”, o como dijo

35 ZAFFARONI, “El curso de la Criminología”, cit., p. 10.

Eduardo Galeano³⁶, “si Alicia volviera hoy no tendría necesidad de mirar al espejo sino que le bastaría con asomarse a la ventana”.

5. 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 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. 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, y, en especial, de Nicaragua.

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. Tal perspectiva constituirá un “cambio cultural” de primera magnitud con respecto a los esfuerzos de la justicia emprendida en la región centroamericana y, en especial, en Nicaragua.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO CHACÓN, Rosario y Jorge Luis MORALES GARCÍA, *La negociación en la justicia penal: la posición del juez. Estudio comparado (Alemania, Costa Rica, Estados Unidos, Italia y Nicaragua)*, Managua, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, N.º 17, 2000, pp. 49-53.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio”, *Justicia* 2011, N.º 3-4, pp. 121-132.
- CUAREZMA TERÁN, Sergio, *La posición del juez en Nicaragua. La Administración de Justicia como garante de los Derechos humanos en Nicaragua*. Managua: Editorial-Impronta UCA, 1996.

36 GALEANO, *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*, cit., p. 2.

- CUAREZMA TERÁN, Sergio, "El desafío de la justicia". En: El PNUD y Nicaragua ante el tercer milenio. Una visión nicaragüense sobre gobernabilidad y desarrollo humano. Managua, 2001, pp. 63-68.
- CUAREZMA TERÁN, Sergio, *et al.* "La policía en el Estado de Derecho latinoamericano: el caso Nicaragua". En: *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación* (AMBOS, Kai; Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Richard VOGLER). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., 2003, pp. 423-461.
- DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo. "La *plea bargaining* de los EE. UU.", en *Justicia criminal consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE. UU., Italia y Portugal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- 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 de 2000.
- ELBERT, Carlos Alberto. "El control sin Estado y sin políticas criminales en la América Latina globalizada", en Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Ernesto PEDRAZ PENALVA y Sergio CUAREZMA TERÁN (directores), *Documentos penales y criminológicos (DPC)*, Volumen I, Hispamer, 2001, pp. 555-568.
- GALEANO, Eduardo. *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés*. Siglo XXI, México D. F., 1999.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., "Adversarial system, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos", *Revista Poder Judicial* 2006, N.º especial XIX, pp. 25-77.
- JIMENO BULNES, M. "American Criminal Procedure in a European Context", en *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, volume 21.3 (spring 2013), pp. 410-459.
- LANGBEIN, John H. "Tortura y *plea bargaining*", en Julio B. MAIER y Alberto BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001. *Memoria de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (1996-2000)*, Managua. Publicación de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua, 2001.
- MONTERO AROCA, J., "Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político", en J. L. Gómez Colomer (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 17-66.
- PÉREZ BALTODANO, Andrés. "El futuro de las identidades políticas de América Latina", en *Confidencial*. Semanario de Información y Análisis, N.º 233, 2001.
- 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.
- PROYECTO ESTADO DE LA REGIÓN - PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá. Proyecto del Estado de la Región. San José, Costa Rica, 2003, pp. 282-304.

PROYECTO ESTADO DE LA REGIÓN - PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá. Resumen del Capítulo 7: El Desafío de la Democratización de la Justicia y del Fortalecimiento de la Rendición de Cuentas. San José, Costa Rica 2003: <<http://www.estadonacion.or.cr/Region2003/Paginas/prensa/Resumen-7.pdf>>

UMAÑA, Mario. *Inversión Extranjera Directa en Centro América: el rol de la seguridad jurídica*. Marzo, 2002. Documento en proceso, recuperado de: <http://www.incae.edu/es/clacds/publicaciones/pdf/cen443.pdf>

ZAFFARONI, E. Raúl, "La justicia como garante de los derechos humanos en México y en América Central: La independencia del Juez". En: ZAFFARONI, Raúl y MADLENER, Kurt. *La Justicia como garante de los derechos humanos: La independencia del Juez*. San José, Costa Rica: ILANUD. 1996, pp. 5-37.

ZAFFARONI, E. Raúl, "Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad". En: *El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*. México: Porrúa, 2000, pp. 3-24.

ZAFFARONI, E. Raúl, "El curso de la Criminología", en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, N.º 18, 2000.

ZAFFARONI, E. Raúl, "América Latina: Análisis regional, proceso penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad", en Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Ernesto PEDRAZ PENALVA y Sergio CUAREZMA TERÁN (directores), *Documentos penales y criminológicos (DPC)*, Volumen I, Hispamer, 2001, pp. 339-362.

ZAFFARONI, E. Raúl y Elías CARRANZA (coords.), *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*, México D. F., 2007.

E

n torno al modo en que avanzan las reformas procesales penales en distintos países de Iberoamérica, una preocupación común quedó en el aire. ¿Están nuestros jueces y fiscales entendiendo el nuevo modelo? La falta de sintonía entre las respuestas de los tribunales y fiscalías con los principios informadores del proceso penal dentro de un Estado de Derecho imponen, en el seno de la academia, una respuesta que se ha tratado de proporcionar a través de esta obra colectiva.

Sin necesidad de ahondar en los méritos de los autores, hay que insistir en un dato que resulta trascendente para entender el espíritu que ilumina esta obra: los autores son testigos directos del modo en que viene introduciéndose el proceso acusatorio (adversarial) en Iberoamérica. Las visiones proporcionadas por los autores, reconocidos juristas de Argentina, Chile, Costa Rica, España, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela, permitirán no solo reconocer cuál es la esencia de un sistema procesal de corte acusatorio garantista, sino el modo en que el mismo debe articularse.



CARO & ASOCIADOS
Especialistas en Derecho Penal Económico y de la Empresa



CENTRO DE ESTUDIOS
de Derecho Penal Económico y de la Empresa

