

Gustavo A. Arocena
Sergio J. Cuarezma Terán
Directores

Luces y Sombras

de los procedimientos penales
en América Latina

Autores

Gustavo A. Arocena
Digna M. Atencio Bonilla
Keymer Ávila
Fabián I. Balcarce
Francisco Belzú Alarcón
Carlos A. Calderón Paz
Sergio J. Cuarezma Terán
Odir Fernández
Nadia Noemí Franco Bazán
Mayda Goite Pierre
Mario A. Houed Vega
Arnel Medina Cuenca
Carlos Alberto Mejías Rodríguez
Luis Miguel Reyna Alfaro



INEJ
Fundado en 1995

GUSTAVO A. AROCENA / SERGIO J. CUAREZMA TERÁN

Directores

Luces y sombras de los procedimientos penales en América Latina

Autores

Gustavo A. Arocena – Digna M. Atencio Bonilla – Keymer Ávila –
Fabián I. Balcarce – Francisco Belzú Alarcón – Carlos A. Calderón Paz –
Sergio J. Cuarezma Terán – Odir Fernández – Nadia Noemí Franco Bazán –
Mayda Goite Pierre – Mario A. Houed Vega – Arnel Medina Cuenca –
Carlos Alberto Mejías Rodríguez – Luis Miguel Reyna Alfaro –

Coordinadores

Daniel Ballistreri – Leandro Marinello

Equipo editorial

- Autores : Gustavo A. Arocena - Digna M. Atencio Bonilla
Keymer Ávila - Fabián I. Balcarce
Francisco Belzú Alarcón - Carlos A. Calderón Paz
Sergio J. Cuarezma Terán - Odir Fernández
Nadia Noemí Franco Bazán - Mayda Goite Pierre
Mario A. Houed Vega - Arnel Medina Cuenca
Carlos Alberto Mejías Rodríguez -
Luis Miguel Reyna Alfaro
- Coordinación editorial : Alicia Casco Guido
Diseño de interiores : Alicia Casco Guido
Diseño de portada : Daniela Herrera Castro

ISBN: 978-99924-21-30-7

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© Autores varios, 2016

© INEJ, 2016

El Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, fundado en 1995, es una institución académica de educación superior, autónoma y sin fines de lucro, que aporta conocimiento novedoso e innovador de calidad y al más alto nivel, para contribuir al desarrollo humano, institucional, social y económico de la nación nicaragüense y la región a través de la investigación científica y los estudios de postgrados en los niveles de diplomado, posgrado, especialización, maestría y doctorado en las diferentes áreas de las ciencias jurídicas y disciplinas afines, con base en los principios de la justicia, la libertad, el respeto a la dignidad de las personas, los Derechos humanos y los principios que constituyen el Estado de Derecho constitucional. El INEJ fue creado por la Ley No 604/2006, Ley Creadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), aprobada el día 26 de octubre de 2006 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 229, del día 24 de noviembre del 2006. Sitio web: www.inej.edu.ni
E-mail: info@inej.net

Impreso por
Servicios Gráficos
Managua, Nicaragua

NUBLADOS DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

Por Sergio J. Cuarezma Terán¹

Sumario: I. A manera de introducción. II. El nuevo rol de la justicia. III. La reforma de la justicia en una soberanía limitada. IV. La naturaleza de la reforma de la justicia. V. El retorno de viejas políticas autoritarias VI. *Plea bargaining System*. Consideraciones finales. Bibliografía.

I. A manera de introducción

La solidez de las instituciones de justicia y del Estado de Derecho, en cualquier país, constituye la base del buen funcionamiento de las instituciones políticas y de los procedimientos democráticos. Hay un vínculo axiológico y práctico entre la calidad del Estado de Derecho y la estabilidad política y el desarrollo económico y social de la sociedad. Esta correlación de las sociedades y una creciente expectativa que se vincula con estándares de mayor acceso a los sistemas de justicia y de resolución de conflictos, es un derecho a la satisfacción de 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 independiente e imparcial, un árbitro que pueda hacer respetar las reglas (previas) del juego democrático y generar, en consecuencia, seguridad jurídica.

II. El nuevo rol de la justicia

La justicia (y su reforma), en esta línea de pensamiento, viene ocupando, aunque con lentitud, un plano importante dentro de los temas políticos e institucionales de la región. La razón de ello es evidente, la región no había

1 Profesor de Derecho penal. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. www.sergiocuarezma.com.

enfrentado con la profundidad requerida y, por tanto, el tratamiento debido a la cuestión de la justicia, la cual ha evolucionado muy lentamente en el pasado siglo.

Para el profesor Ramón de la Cruz Ochoa,

«la desigualdad entre desarrollo económico y político, incluso institucional con la organización de la Justicia ha contribuido al agotamiento y deterioro de las estructuras y procedimientos judiciales, y a la llamada «crisis» de la que tanto se habló en la postrimería del siglo XX».²

Esta crisis de la justicia y su reforma se manifestó en un proceso mundial de cambios y transformaciones de los sistemas políticos, por ejemplo, el desmantelamiento de los regímenes socialistas, la aparición de un nuevo orden político y el nacimiento de la globalización, en la cual, la economía y las finanzas ocupan una atención singular. Estos cambios obligaron que el tema de la justicia, pasara a considerarse no «sólo factor de desarrollo», sino «destinada a impulsar el desarrollo». Así, la justicia, y particularmente la penal, que en su inicio postulaba como fundamento para su reforma la promoción y la tutela de los derechos humanos, comienza a verse en estrecha relación con el desarrollo económico (justicia y economía), como un presupuesto para 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». En la *teoría de la justicia*, John Rawls³ expresa que la justicia está íntimamente relacionada a la satisfacción de los bienes sociales, que permitirán el mejoramiento de las oportunidades de las personas. Este sería, como expresa Gago Priale, “el centro de la estructura de la sociedad: de un lado, la mayoría de libertades de la tradición liberal y democrática, y por el otro, el establecimiento de un cuadro institucional que permita la distribución de la renta y la riqueza de manera tal que asegure la igualdad de oportunidades”.⁴

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

3 Gago Priale, H, *La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos*, Derecho y Desarrollo, UCP, Lima, 2011, p. 32.

4 *Ibidem*.

La viabilidad de todo desarrollo depende, sin duda, de la estructuración de las instituciones públicas y legales, que organizan políticamente a la sociedad. Sin estas, entre las cuales destaca la justicia (independiente) la comunidad carece de norte y de medios para definir y realizar sus intereses y expectativas comunes. Así, el desarrollo de una sociedad está condicionado, entre otros factores, por un Estado de derecho constitucional y de justicia cuyo desempeño sea eficiente y eficaz. Los derechos humanos en la dialéctica del desarrollo juegan un papel fundamental de *principios verdaderos* del sistema institucional, que definen el modelo constitucional. Esta inescindible correlación llevó a Pérez Luño⁵ a considerar “el estrecho nexo de interdependencia genético y funcional, entre el Estado de derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican su realización al Estado de derecho”. Por esta razón, dice Pérez Luño,⁶ “cuanta más intensa se revela la operatividad el Estado de derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. De igual modo que en la medida en que se produce una vivencia de los derechos fundamentales se refuerza la implantación del Estado de derecho” Esto, obviamente, es imposible en sociedades donde no hay constituciones políticas o habiéndolas no hay división de poderes, es decir, en sociedades gobernadas por un Estado absoluto, porque es incompatible con las libertades individuales y políticas. En el estado policial del absolutismo, “el ejecutivo solo necesitaba una orden del soberano para justificar sus actuaciones” en cambio el Estado de derecho “era considerado el hecho de que cualquier acto que interfiriera con la vida de los ciudadanos debía adoptarse *en virtud de una ley*”.⁷ Esto hace que la importancia del Estado de derecho radique en el “principio general de que toda actuación del Estado debe ser calculable y previsible. Sólo puede existir seguridad jurídica allí donde los ciudadanos saben con exactitud, qué es lo que el Estado puede hacer y qué es lo que ellos mismos deben hacer o dejar de hacer.”⁸

La justicia desde este rincón, es un mecanismo para el mejoramiento de la calidad de vida y un factor destinado a impulsar el desarrollo, sin perjuicio

5 Pérez Luño, A, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 5 edición, Madrid, 1993, p. 19.

6 Pérez Luño, A, op. cit., p. 26.

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

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

que no tenga un modelo de desarrollo predeterminado, ya que cada sociedad lo determina según sus necesidades. La justicia para este supuesto, es lo justo, lo cual equivale a un bien tangible, relacionado a lo objetivo y socialmente demarcable, no la justicia trascendental.⁹ Por esta razón los insumos del desarrollo “deben de provenir del derecho y de la habilidad del Estado de generar o incentivar un sistema jurídico que permita a la sociedad plural articularse internamente y retroalimentarse permanentemente con el mismo Estado”.¹⁰ Esto permite que el desarrollo se convierta en un proceso de “expansión de las libertades reales de que disfrutaban los individuos”, como expresó Amartya Sen, Premio Nobel de Economía de 1998. Para este desarrollo, es fundamental la eliminación de las fuentes de privación de libertad: “la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas, el abandono de los servicios públicos, la intolerancia o el exceso de intervención de los Estados represivos”. La idea de Sen, según Gago Priale, “es el del desarrollo en su acepción integral: humano, social, económico, también político e institucional, y de la libertad real igualmente plena: economía, civil, política. Desarrollo y libertad, entonces, se entrelazan y retroalimentan, no existen ni se dan, menos se hacen sostenibles por su cuenta, más bien depende el uno de la otra. De la respuesta a la pregunta cuán libres realmente son los ciudadanos de un país de las varias cadenas que existen: pobreza, ignorancia, exclusión, depende el saber si ese país (nuestro país) es nada, poco o mucho desarrollado”.¹¹

III. La reforma de la justicia en una soberanía limitada

Esta reforma regional, y la visión renovada de la justicia como “impulsora del desarrollo” económico, pasa además por un momento de transnacionalización de sus Estados y de sus soberanías “limitadas”. Mediante estos procesos, señala el profesor de la Universidad de Western, Ontario, Andrés Pérez Baltodano,¹² «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

9 Gago Priale, H., op. cit., p. 50.

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem*.

12 Pérez Baltodano, Andrés, “El futuro de las identidades políticas de América Latina”, *Confidencial*, en *Semanario de Información y Análisis*, n° 233, 2001, p. 1.

nacionales a la impotencia frente a los problemas reales que se plantean en sus comunidades».

Para Zaffaroni,¹³ la globalización, «como momento de poder mundial consecuente de la revolución tecnológica, presenta una serie de contradicciones, pero el elemento más notorio es la pérdida de poder por parte de los Estados nacionales». Bob Jessop citado por Andrés Pérez Baltodano,¹⁴ 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».

Un ejemplo de esta exigencia, es la reforma de la justicia. 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, sino, como expresa Daniel Giarone,¹⁵ para “someter a los poderes judiciales y a evitar que los tribunales se conviertan en un escollo mayor del que hoy representan” en el actual orden mundial y latinoamericano, “justo cuando los Estados Unidos intentan afianzar su hegemonía en la región a través del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA) y los Estados nacionales resignan el ejercicio de su soberanía frente a las exigencias de los organismos internacionales de crédito y el capital financiero transnacional”, en tal punto, que “las bases conceptuales de la reforma de la justicia fueron sentada por

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

14 Pérez Baltodano, op. cit., p. 2.

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

las entidades multilaterales fundamentalmente por el Banco Mundial, quien comenzó a sistematizarlas a partir de 1992”. Siempre bajo este criterio, Germán Burgos, investigador colombiano de los procesos reformistas, establece que “para el Banco Mundial, el BID y el FMI, la necesidad de reformas de los marcos legales en los países en vías de desarrollos, aparece como condición central para el éxito del modelo económico orientado por el mercado”.¹⁶

En esa línea de pensamiento, podemos observar que la reforma regional de la justicia, y en particular la de Nicaragua (sin perjuicio de sus aspectos positivos), estuvieron inducidas o condicionadas por los países centrales o industrializados para optar a un nuevo modelo de justicia y, por su coste, a menor acceso a la justicia, nos referimos al *Common Law*. Este sistema de tradición anglo-sajona, como advierte Umaña,¹⁷ «desarrollado en principio en el Reino Unido y traslado posteriormente a Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, está basado en el precedente judicial, más que la legislación escrita. Se contrasta con el sistema de la tradición del Derecho Civil o Tradición Romano Germánica donde la fuente primaria del derecho es la norma escrita».

IV. La naturaleza de la reforma de la justicia

En el contexto de este proceso complejo de reforma de la justicia, como expresa Ramón de la Cruz Ochoa,¹⁸

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

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

16 Giarone, D., op. cit., p. 1-2.

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

18 De La Cruz Ochoa, R., op. cit.

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 Ochoa,¹⁹

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

Estas reformas para Giarone,²⁰ denominadas de segunda generación, constituyen el complemento político de las reformas macroestructurales. “A principios de los ’90, a través del llamado Consenso de Washington, los Estados Unidos se propusieron adaptar la economía latinoamericana a las nuevas bases del capitalismo mundial. El protagonismo del capital privado en el marco de la economía de mercado, la redefinición del rol del Estado, las privatizaciones de empresas públicas y la reducción del déficit fiscal constituyeron los cimientos de las nuevas políticas diseminadas en la región. La seguridad jurídica para los grandes inversores y la legalidad de las nuevas reglas de juego pasaron a ser una cuestión esencial”.

Esta tendencia de la reforma judicial desarrollada exclusivamente con lineamientos técnicos y económicos, como lo plantea De la Cruz Ochoa, sin atender el tema de los derechos humanos, debe de generar una atención y preocupación particular en la sociedad regional, y nacional, porque incide en la vida cotidiana de las personas en sus países. Es decir, si el enfoque de la reforma de la justicia está orientada a lo económico, sin duda, este modelo de justicia (economicista) determinará, queramos o no, el contenido de la refor-

19 *Ibíd.*

20 Giarone, D., *op. cit.*, p. 2.

ma de la justicia, el modelo y la función de las instituciones de la administración de justicia y su normativa orgánica, sustantiva y procesal. Esto sucedió en el modelo económico colonial, que para su seguridad estableció el modelo de justicia penal inquisitivo (europeo continental), como expresión de dominio hegemónico de aquel momento histórico. Por su parte, hoy, el modelo de mercado económico de la globalización impone su propio modelo de justicia penal, el modelo acusatorio (con un fuerte componente inquisitivo).

Dichos en palabras más sencillas, “el nuevo modelo económico necesita legitimarse a través de su legalización”.²¹ Este autor recuerda que durante la “Conferencia del Banco Mundial sobre la Reforma Judicial en América Latina y el Caribe”, realizada en Washington durante el 13 y 14 de junio de 1994, la entidad crediticia estableció que la reforma judicial “debe promover un ambiente judicial y jurídico que sea el instrumento que haga posible la financiación, la inversión y el intercambio” y sugirió que “la implementación con éxito de cambios fundamentales de política en el ambiente empresarial y en el sector financiero requiere normalmente cambios igualmente fundamentales en el marco institucional y jurídico global”.

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, en una investigación sobre la Seguridad Jurídica e Inversiones realizado en Centroamérica y Panamá²² pone de relieve la relación justicia y economía. Esta investigación que trata, entre otras cosas, sobre el concepto de seguridad jurídica, sistema de registro, inseguridad ciudadana e inversión, expropiación e indemnización e inversión, protección a la propiedad intelectual e industrial e inversión extranjera, legislación ambiental y ordenamiento territorial ante la inversión extranjera, clima de negocios e inversión, competitividad e inversión, establece que

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

Los presidentes reunidos en la Segunda Cumbre, realizada en Santiago de Chile en abril de 1998, dos años antes de la investigación del PNUD, decla-

21 Giarone, D., op. cit., p. 3.

22 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.

raron estar “convencidos que una administración de justicia independiente, eficiente y eficaz, juega un papel esencial en el proceso de consolidación de la democracia; fortalece su institucionalidad; garantiza la igualdad de todos sus ciudadanos; **y contribuye al desarrollo económico**”, por lo que se comprometieron a reforzar “nuestras políticas de justicia” y a impulsar “aquellas reformas que sean necesarias para promover la cooperación jurídica y judicial”.²³

V. El retorno de viejas políticas autoritarias

Estas reformas de corte economicistas, han empujado a la región a importar políticas puramente represivas, como, por ejemplo, la denominada “ley y orden”, “tolerancia cero” o “Derecho penal del enemigo” que tienden a “criminalizar la pobreza”.²⁴ Este tipo de política tiene un grave impacto en los derechos humanos, especialmente de los derechos fundamentales de las personas sometidas a investigación policial, controlada legal y fácticamente por los órganos represivos de seguridad. Esta política punitiva, en palabras de Eduardo Galeano,²⁵ no es otra que «la represión plan bestia, pócima mágica elogiada por los medios de comunicación, se descarga generalmente con saña sobre los sectores marginales y otras minorías».

La reforma abre la puerta para el retorno de la vieja concepción de la policía autoritaria del siglo XIX, contexto en el cual esta agencia represiva se originó, primero, como institución de carácter urbano y, segundo, con el objeto de cuidar o proteger, “la enorme concentración de riqueza y, a la vez, cuidar la “concentración” de la miseria”.²⁶ Precisamente, la globalización de la economía ha traído consigo, según palabras de Muñoz Conde,²⁷ un “aumento de una población subproletariada, con gran número de desempleados, escasa cualificación laboral, emigración ilegal (...) que lógicamente está abocada a la delincuencia, o por lo menos a un cierto tipo de delincuencia de super-

23 Giarone, D., op. cit., p. 4. La negrita me pertenece.

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

25 Galeano, Eduardo, *Patas Arriba, La Escuela del Mundo al Revés*, Siglo XXI editores, México, 1999, p. 88.

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

27 Muñoz Conde, op. cit., p. 36-37.

vivencia”. Esta globalización del modelo económico, provoca una reducción del Estado social de derecho y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario, y la idea de tolerancia cero (menos garantías más represión) no es más que la expresión “de un pensamiento único sobre cómo proceder y prevenir la delincuencia, que se quiere extender a todo el mundo, independientemente de las diferencias económicas, culturales y sociales de cada país”.²⁸

A. LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el Código procesal penal (CPP), la investigación criminal, podrá ser iniciada y desarrollada por la Policía Nacional (en adelante PN) de forma autónoma o en coordinación con el Ministerio Público (MP). La policía no depende del MP, sino del Poder ejecutivo, según su ley orgánica. La PN y el MP sólo se *coordinan* entre sí, no hay niveles de subordinación ni jerárquico ni funcional. Esto se debió, al temor del Poder Ejecutivo a la hora de discutir y aprobar la ley en el Poder legislativo, de perder el control *político* de la policía en esta materia (investigativa) tan sensible en la dinámica de la política nacional. El Poder ejecutivo, en el contexto de la reforma de la justicia penal, y teniendo en consideración otras experiencias regionales, optó a que la PN coordinara (cuando lo creyera oportuno) su trabajo de investigación con el MP, pero que por ningún motivo se subordinara al MP, las razones son obvias, si el MP no respondía a dicho Poder, al menos con el control de la PN evitaría que el MP pudiera orientar a esta contra del mismo en actos concretos de investigación. Esta realidad se debe, en gran medida, a la politización de las instituciones del Estado nicaragüense por parte de los partidos políticos, que lejos de considerarlas como instituciones propias del Estado de derecho, las consideran como piezas determinantes en el juego y rejuego de la política nacional.

La PN, sea por iniciativa propia, o por petición del fiscal, deberá proceder a investigar cualquier hecho que pudiera constituir delito o falta, reunir los elementos de investigación para dar base al ejercicio de la acción penal por el MP. Así, la PN tiene la atribución por mandato legal de realizar las actividades de investigación para el descubrimiento y comprobación de hechos presuntamente delictivos. La investigación de delitos se efectúa conforme a las reglas lógicas, técnicas y métodos científicos propios de la actividad. Finalizada la investigación, la policía presenta el resultado de la investigación (*informe*), al MP. La PN, en el proceso de investigación, tiene la atribución de velar por la conservación de lo relacionado con la investigación, buscar a personas que puedan dar información de lo investigado, preservar la escena

28 Ibidem.

del crimen, realizar inspecciones y todo tipo de operaciones técnicas necesarias, requerir informes a instituciones públicas y privadas, realizar allanamientos, requisas, inspecciones y solicitar al juez la autorización de actos de investigación que puedan afectar derechos constitucionales.

1. Actos de investigación

En la fase de investigación el Código procesal penal (CPP) establece dos tipos de actos de investigación, unos, que requieren de autorización y, otros actos de investigación, que no requieren orden del juez para llevarse a efecto.

Actos de investigación que requieren de autorización judicial

Los actos que requieren de autorización judicial son, entre otros, el anticipo de prueba personal, interceptación de comunicaciones escritas, telefónicas y electrónicas, secuestro de bienes, allanamiento y registro de morada, exhumación de cadáveres, investigación corporal, clausura de locales (plazo mayor de 48 horas hasta por 30 días) e información financiera. Hay que advertir que en la realización de los actos de investigación, el juez, una vez que expide la autorización del acto de investigación concreto, no juega un papel activo para el *control* de la ejecución de dichos actos de investigación, para que se realicen conforme a los parámetros constitucionales y legales.

Actos de investigación de urgencia sin autorización judicial

Empero, la PN puede realizar actos de investigación que afecten derechos fundamentales, sin orden judicial. Esto, que constitucionalmente no es posible, lo es a través de una curiosa figura o cláusula procesal denominada *convalidación judicial*, una figura que opera como fraude a la Constitución Política.

En “caso de *urgencia se practicará el acto sin previa autorización*, pero su validez quedará supeditada a la *convalidación del juez*, la que será solicitada en un plazo de veinticuatro horas. Si el juez apreciara además que en la práctica del acto se ha incurrido en delito, pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Público” (art. 246 CPP) (en cursiva es nuestro).

Arto. 246 (CPP). “Autorización judicial. Para efectuar actos de investigación que puedan afectar derechos consagrados en la Constitución Política cuya limitación sea permitida por ella misma, se requerirá autorización judicial debidamente motivada por cualquier juez de Distrito de lo Penal con competencia por razón del territorio. Una vez iniciado el proceso, es competente para otorgar la autorización, el juez de la causa.

En caso de urgencia se practicará el acto sin previa autorización, pero su validez quedará supeditada a la convalidación del juez, la que será solicitada

dentro de un plazo de veinticuatro horas. Si el juez apreciara además que en la práctica del acto se ha incurrido en delito, pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Público.

Si esta autorización es decretada luego de celebrada la Audiencia Preliminar o la Inicial, según se trate, el defensor deberá ser notificado y tendrá derecho a estar presente en la práctica del acto”.

Esta norma está configurada para que los derechos fundamentales del imputado no sean un obstáculo en la actividad investigativa de la PN y, en consecuencia, promover un Derecho penal *eficiente*. Observemos que la norma advierte al juez que el acto debe de convalidarlo, y en el caso aprecie la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento al MP, pero no que el mismo no se convalide o anule. También podemos observar que la norma no faculta al juez a valorar qué debe entenderse por *urgencia* y si realmente requería o no una orden judicial para llevarlo a cabo, y poner en duda su valor legal.

Respecto al valor del acto de investigación de urgencia, todo indica que es *temporal*. La norma dice, “en caso de urgencia se practicará el acto sin previa autorización, *pero su validez quedará supeditada a la convalidación del juez, la que será solicitada dentro de un plazo de veinticuatro horas*”. En esta afirmación la norma supedita la validez del acto a que el mismo sea solicitado dentro de un plazo de veinticuatro horas, de lo contrario, queda sin validez.

Dicho en otras palabras, el CPP autoriza a la PN llevar a cabo actos de investigaciones al margen de la autorización del juez (actos ilegales de investigación), luego el agente policial (directamente) comparece al despacho del juez y le pide que «convalide» el acto ilegal en un acto legal para que luego pueda ser integrado en el proceso como medio de prueba, siempre que el hecho no sea delito, a pesar de que el acto de *urgencia* en sí mismo es delictivo (según sea el caso, el acto podrá constituir delitos de violación de domicilio, delitos contra la privacidad, delitos de daño a la propiedad, entre otros). La norma en su parte *in fine* establece que debe notificarse a la defensa, sólo “si esta autorización es decretada luego de celebrada la Audiencia Preliminar o la Inicial”, y en este supuesto, la defensa “tendrá derecho a estar presente en la práctica del acto”, o sea, en el acto de convalidación.

Actos de investigación que no requieren autorización judicial

Los actos de investigación que no requieren autorización judicial son, entre otros, reconocimientos de personas y pluralidad de reconocimientos, reconocimiento fotográfico, inspección corporal, registro de vehículos, naves y aeronaves, levantamiento e identificación de cadáveres, allanamiento de morada (cuando se produzca por incendio, persecución actual e inminente, etc.),

allanamientos de otros locales, clausura de locales (por un plazo de 48 horas), devolución de objetos, secuestro de bienes (sin afectar derechos constitucionales) e identificación de objetos.

2. *Detención (administrativa policial) de las personas sin autorización judicial*

Respecto a la detención de las personas, el CPP determina que puede efectuarse por orden judicial o por un policía 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 participación en el hecho.

En el caso de la PN, y fuera del supuesto expresado en el párrafo anterior, el CCP establece que la detención puede llevarse a cabo por orden de los jefes de delegaciones de la Policía 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.

El CPP consolida al policía como un agente de instrucción, en el nuevo *juez de instrucción*, le confiere además la facultad que aquel también tenía, detener a la persona investigada sin orden judicial, la degradación del Estado de derecho en un Estado de policía.

En este periodo de detención la persona queda en manos de los órganos de investigación de la policía y luego a manos del MP, a pesar de que la Constitución Política establece que una persona debe ser detenida sólo con orden judicial, convirtiéndose, el órgano policial, en un órgano de instrucción (inquisitivo) con poder de detener sin orden judicial. Lo mismo que hacía el juez de instrucción en el proceso inquisitivo, ahora lo lleva a cabo la policía, convirtiéndose por tanto el órgano de investigación policial en un *auténtico* juez de instrucción, en un órgano de detención, de investigación, de acusación y de resolución, sin control alguno.

Hay que destacar además, sin perjuicio de lo anterior, que el CPP atribuye a la PN extensas facultades para la fase de investigación policial, esto sin contar o sumar a la PN (sea de forma directa o indirecta), las también extensas facultades que el MP tiene derivadas tanto de su Ley Orgánica como del CPP que las ejecuta en coordinación con la PN. Este tema es sensible, si tenemos en consideración que, para el caso de Nicaragua, la PN depende del Poder ejecutivo, lo que hace que se convierta en un factor distorsionante de la investigación. Cuando el Poder ejecutivo no quiere que se investigue, el fiscal queda sin la cooperación necesaria y, por ende, en imposibilidad de hacerlo. No basta con la formalidad legal que la PN debe investigar los delitos o fal-

tas, puesto que es sabido, como expresa, y con razón, Zaffaroni,²⁹ «que ésta averigua si lo desea, es decir, que en caso contrario se limita a cumplir órdenes y está en condiciones de desviar gravemente la investigación con total impunidad, pues no tiene nadie capacidad de controlarla». En este sentido, Zaffaroni³⁰ 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 éste sea seleccionado por la Asamblea Nacional de la propuesta del Poder ejecutivo) y la PN una dependencia de éste, la investigación a cargo del mismo no sería un paso hacia el sistema acusatorio, sino la puesta de la investigación de todos 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, y este en el brazo ejecutor de aquel.

El ILANUD ha tratado este tema de forma muy amplia. Diez y siete años después de iniciada la reforma de la justicia penal en la región, llevó a cabo una investigación en Latinoamérica,³¹ bajo la dirección científica del profesor Zaffaroni, sobre *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. En esta investigación se destaca el poder autónomo de la policía, que debilita la consolidación del sistema acusatorio, favoreciendo por ende a “modelos autoritarios de justicia penal. No otra puede ser la conclusión cuando se reduce a la mínima expresión el rol protagónico que el Ministerio Público debe asumir en el proceso penal, al extremo de someterlo al regateo de sus atribuciones con otros órganos de poder”.³²

También advierte que la delegación de la “instrucción en la policía” por parte de fiscales a los que el volumen del trabajo no les impide realizarla personalmente, conduce por razones estructurales a la formación de un “poder policial autónomo al que se le van tolerando vicios que se disimulan: no se pregunta cómo se llega a las noticias, se admiten explicaciones absurdas y banales, se acepta tácitamente el trabajo con informantes pagos con impunidad”.³³ La cuestión se torna paradójica cuando, en casos aislados, el fiscal quiere investi-

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

30 *Ibidem*.

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

32 Zaffaroni, *op. cit.*, p. 49.

33 *Ibidem*, p. 19.

gar y “la policía le niega auxilio material”.³⁴ Lo cierto, dice el informe, es que esto “pone de manifiesto que la investigación puede llegar a valerse de medios ilícitos aunque tolerados por quienes deben de controlar la legalidad del proceso, mientras lo haga la policía”.³⁵ En todo caso, como se advirtió arriba, la investigación afirma, que las policías (dependientes del poder ejecutivo) terminan siendo “las verdaderas autoridades de instrucción o sumario”.³⁶

Este hecho, que la policía sea la verdadera autoridad de instrucción, sin duda tiene un impacto sobre los derechos humanos de la persona sometida bajo su investigación. La investigación de ILANUD,³⁷ en la cual se estudió el caso de Nicaragua, arroja datos de graves violaciones de los derechos fundamentales en la instrucción policial de las personas imputadas, propias de un modelo procesal inquisitivo.

En la etapa de la instrucción penal practicadas por los cuerpos policiales, se advierte, entre otras cosas, que a los detenidos (imputados) no gozan del derecho a la presencia de un defensor y se encuentran 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 revela que se ha adoptado a nivel latinoamericano una doctrina jurídica de origen europeo que propicia estados legales de derecho y no estados constitucionales de derecho, privilegiando la seguridad de respuesta por sobre la seguridad jurídica.

Para Hassemer,³⁸ el Estado ha cambiado fundamentalmente su papel, “de una amenaza a los derechos individuales se ha convertido ahora en un garante

34 *Ibidem*, p. 19.

35 *Ibidem*, p. 19.

36 *Ibidem*, p. 21.

37 *Ibidem*, p. 47.

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

de la seguridad. La clásica relación de tensión entre la seguridad y la libertad, que se manifiesta en la experiencia, en donde el aumento de la seguridad frente al delito debe ser organizada mediante el Derecho penal y acompañada de limitaciones a las libertades públicas, ya no constituye algo vivo”.

VI. Plea bargaining system

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

Este sistema, injertado en la justicia de la región, y con gran profundidad en el nicaragüense, ha instaurado una «justicia rápida» (*fast justice*) más pudorosamente traducido como negociación.³⁹

La *plea bargaining system* (regateo de la justicia), de tradición anglo-norteamericana, es consecuente a la naturaleza economicista de la reforma de la justicia. Esta institución excluye al juez del conflicto, igual que en el mercado libre excluye a los agentes reguladores, y pone en manos de particulares (fiscal y defensor) la decisión del caso penal que debería estarlo en la figura del juez constitucional. En este sentido, según De Diego Díez,⁴⁰ para los *econometricians* la *plea bargaining* es un “mal necesario” y propugnan su mantenimiento como algo deseable.

«Para ellos el proceso penal no es sino un sistema de mercado, un método de distribución de recursos escasos, y dan por supuesta la imposibilidad de los operadores judiciales de variar el *quantum* de los recursos disponibles. A partir de estas premisas afirman –en armonía con la concepción de libre mercado propugnada a nivel económico- que la intervención “reguladora” de la autoridad pública, identificada en el 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”.⁴¹

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

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

41 *Ibidem*, p. 61 – 62.

FEELEY,⁴² la compara

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

La plea bargaining o regateo de la justicia promueve procedimientos «reacios a los preceptos éticos, que nada tienen que ver con la justicia ni la equidad», como expresa José Carlos Barbosa Moreira,⁴³ 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 condena- ción, que pretenden que nada quede por escrito, creando la ilusión expeditiva y pragmática».⁴⁴ O, dicho en palabras de Hassemer,⁴⁵ el *deal* es un instrumento desformalizador, el cual “abarata y acelera la justicia penal a costa de las tradicionales formalidades del proceso mediante un acuerdo entre los participantes”.

Para Zaffaroni,⁴⁶ 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 Zaffaroni,⁴⁷ estas propuestas, dadas las características de la región, «no llevarían más que a un proceso penal destinado a la rápida y barata condena- ción 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

42 *Ibidem*, p. 52.

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

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

45 Hassemer, *op. cit.*, p. 184.

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

47 *Ibidem*.

llamarle a la *plea bargaining* un “sórdido proceso” y John Langbein,⁴⁸ de la Universidad de Chicago, ha llegado a contrastarla con el derecho medieval europeo sobre la tortura, «las semejanzas entre el sistema moderno de la *plea bargaining* y el antiguo sistema de tortura judicial son muchas y escalofrantes». Asimismo, indica Langbein⁴⁹ que la *plea bargaining* es un «procedimiento sin juicio establecido para declarar culpables y para condenar a personas acusadas de delitos graves. Sin alguien busca en la Constitución de los EE.UU. algún fundamento para la *plea bargaining*, buscará en vano. En su lugar encontrará, una garantía opuesta, la garantía del juicio previo».

En este sentido, Zaffaroni⁵⁰ expresa que la *plea bargaining* se convierte fácilmente en una fuente de extorsión que reemplaza a la tortura:

«Quien carece de defensa de calidad no tiene otro recurso que admitir lo que se le ofrece en la negociación o regateo, pues de lo contrario se le amenaza con 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 sólo a quienes tienen menores recursos; el resto puede incluso beneficiarse con él. En tercer lugar, los jueces pueden seguir ejerciendo el manejo de la prisión preventiva como pena, aunque ya a modo de pena formal».

Para De Diego Díez,⁵¹ «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”.

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

49 *Ibidem*.

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

51 De Diego Díez, L., *op. cit.*, p. 54.

La fundamentación que se aduce para justificar la validez de esta institución es la «eficacia». Entre ellas se menciona, como señala DE DIEGO DÍEZ,⁵²

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

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

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

Alschuler, citado por De Diego Díez,⁵³ 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».⁵⁴

La *plea bargaining* altera el sistema de legalidad y su vigencia (y, en consecuencia, el de seguridad) vinculado al Estado de derecho, en el cual, la justicia se aplica, no se negocia. En este tema lo que está en juego es la respuesta jurídica ajustada a la legalidad, incompatible con la disponibilidad del proceso penal en manos de particulares (fiscal y defensor). No hay que olvidar que la misión constitucional del Poder judicial de la mayoría de los países de la región, y del nicaragüense, es la tutela de los derechos humanos mediante la *aplicación* (y no la negociación) *de la ley* (art. 158 y 160 Constitución Política

52 *Ibidem*, p. 55.

53 *Ibidem*, p. 59.

54 La cursiva me pertenece.

de Nicaragua). Conforme a este mandato constitucional los particulares, en virtud del monopolio estatal, no pueden ni deben disponer del Derecho penal, ni de la consecuencia jurídica penal, ya que éste se aplica (o debería aplicarse) sólo por jueces y tribunales constitucionales en el marco de un proceso penal, propio de un sistema de división de poderes. En el Derecho penal la descripción de las conductas delictivas (tipos penales legales) formalizan y delimitan la justicia, pero ésta sólo puede realizarse en el proceso penal, debidamente desarrollado y con el debido proceso legal, sólo así se puede “condenar y remover la presunción de inocencia”.

No cabe duda que la *negociación* o el *regateo de la justicia* conduce a la privatización del proceso penal (de la justicia penal), es, como expresa Amodio,⁵⁵ «una verdadera 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 data,⁵⁶ «expropia a las partes de sus específicos papeles y las reduce, en la mejor de los casos, al nivel de mercaderes; en el peor, a intrigantes. Jueces y abogados olvidaran su deber de contribuir a la búsqueda de la verdad, mientras los representantes de la acusación y los defensores no se dedicaran a preparar el proceso penal con el interés necesario».

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*.

1. LA POSICIÓN DEL JUEZ EN LA *PLEA BARGAINING*

En Nicaragua en el año 2004, se llevó a cabo una investigación comparada por profesores e investigadores del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Rosario Alvarado Chacón y Jorge Luis Morales García, además, jueces del Poder Judicial costarricense, sobre *La Negociación en la Justicia Penal: La Posición del Juez. Estudio Comparado (Alemania, Costa Rica, Estados Unidos, Italia y Nicaragua)*.⁵⁷

55 Ibidem, p. 75.

56 Ibidem, p. 59.

57 Alvarado Chacón, Rosario, y otro, *La Negociación en la Justicia Penal: La Posición del Juez. Estudio Comparado (Alemania, Costa Rica, Estados Unidos, Italia y Nicaragua)*, INEJ, 2004, pp. 159 y ss.

El trabajo presenta análisis sobre: la *plea bargaining system* de los Estados Unidos de Norteamérica, 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 al 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.

La investigación establece que ésta 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 judicial (Memoria de la SP, 2001, p. 80) «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 período en Juicios Especiales de Adolescentes.» como era el caso de otros países de la región, en cuenta Costa Rica; si contribuía a los abanderados de la gestión de la reforma, el contar con 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 al 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, lo cual es comprensible habida cuenta de la capacidad dispositiva de las partes en conflicto previo al proceso penal. La función o rol del juez nicaragüense en este procedimiento (en el caso llegue a su conocimiento, puede darse de facto en el proceso de investigación, sin conocimiento del juez) es de mero fedatario de una situación en donde no tuvo ninguna participación y, consecuentemente, ninguna posibilidad de control de la legalidad del *acuerdo*.

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. Aunque el juez nunca sabría realmente si el acusado realizó los hechos de los cuales se declara culpable. 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.

Esta institución procesal anglo Norteamericana, como expresa la investigación del ILANUD sobre *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*,⁵⁸ “encierra un serio peligro en materia específicamente procesal, la pretensión de implementar formas rápidas de condenación, expeditivas, que pasan por sobre las formas procesales más elementales”, es un instrumento desformalizador, el cual “abarata y acelera la justicia penal a costa de las tradicionales formalidades del proceso mediante un acuerdo entre los participantes”.⁵⁹

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 de la persona sometida a persecución penal. El reto, es el equilibrio, una reforma de la justicia penal para ambos supuestos, para la protección de

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

59 Hassemer, op. cit., p. 184.

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 otro, *La Negociación en la Justicia Penal: La Posición del Juez. Estudio Comparado (Alemania, Costa Rica, Estados Unidos, Italia y Nicaragua)*, INEJ, 2004.
- Barboza Moreira, José Carlos, “La Transacción Penal Brasileña y el Derecho Norteamericano” en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n° 17, 2000, p. 49-53.
- Besson, W. y otro, “Elementos del Estado de derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público” en AA. VV. *Elementos del Estado de derecho como garante de los derechos humanos y de la democracia, Estado de derecho y democracia*, Konrad –Adenauer- Stiftung, Buenos Aires, 1997, pp. 121-129.
- Birkenmaier, W., “El Estado de derecho la República Federal Alemana”, en AA. VV., *La noción del Estado de derecho: evolución histórica y elementos, Estado de derecho y democracia*, Konrad –Adenauer- Stiftung Buenos Aires, 1997, pp. 83-99.
- Burgos Ladrón de Guevara, J. “La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio” en Justicia, n° 3-4, 2013, pp.121-132.
- Cuarezma Terán, Sergio et al. “La Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano: El Caso Nicaragua”, en AA. VV., *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*, Ambos, Kai, Juan-Luis Gómez Colomer y Richar Vogler. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Ltda., 2003, p. 423- 461.
- “El desafío de la justicia”, en AA. VV., *El PNUD y Nicaragua ante el tercer milenio. Una visión nicaragüense sobre gobernabilidad y desarrollo humano*, Managua, 2001, p. 63-68.
- *La Posición del Juez en Nicaragua. La Administración de Justicia como garante de los Derechos humanos en Nicaragua*, CEIJ, Editorial-Imprenta UCA, Managua, 1996.
- De Diego Díez, Luis Alfredo, “La plea bargaining de los EE.UU”, en AA. VV., *Justicia Criminal Consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- De La Cruz Ochoa, Ramón, *Reforma de la Administración de Justicia en América Latina*, Conferencia Pronunciada en el Congreso de la Asociación Americana de Juristas celebrado en La Habana, Cuba, 18 de octubre, 2000.
- Elbert, Carlos Alberto, “El control sin Estado y sin políticas criminales en la América Latina globalizada”, en AA. VV., *Documentos Penales y Criminológicos*. Volumen 1. Luzón Peña, Diego Manuel, Pedraz Penalva, Ernesto y Cuarezma Terán, Sergio J. -directores-, Managua, HISPAMER, 2001, p. 555-568.
- Gago Priale, H, *La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos*, Derecho y Desarrollo, UPCP, Lima, 2011.
- Galeano, Eduardo, *Patas Arriba, La Escuela del Mundo al Revés*, Siglo XXI editores, México, 1999.
- Giarone, Daniel, Disponible en World Wide Web: <http://www.visionjusticia.f2s.com/justiciaSA.htm> , 2001.
- Gómez Colomer, J.L., “*Adversarial system*, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos”, en *Revista Poder Judicial*, n° especial XIX, pp.25-77, 2006.
- Gómez Martín, V., “¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal?”, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, 2007.
- Jimeno-Bulnes, M., “American criminal procedure in a european context”, en *Cardozo journal of international and comparative law*, volume 21.3 (spring), pp. 410 – 459, 2013.
- Langbein, John H., “Tortura y *plea bargaining*”, en AA. VV., en *El procedimiento abreviado*, Julio Mayer y Alberto Bovino -compiladores-, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- Pérez Baltodano, Andrés, “El futuro de las identidades políticas de América Latina”, *Confidencial*, en *Semanario de Información y Análisis*, n° 233, 2001.
- Pérez Luño, A, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 5 edición, Madrid, 1993.
- 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 las 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, p. 282-304.
- 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: Disponible en World Wide Web: <http://www.estadonacion.or.cr/Region2003/Paginas/prensa/Resumen-7.pdf>
- 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.
- Montero Aroca, J., “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, en AA. VV., *Prueba y proceso penal*, J.L. Gómez Colomer -coord-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.17-66.
- Muñoz Conde, F., *De la tolerancia cero al derecho penal del enemigo*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, 2009.

- Hassemer, W, “El Derecho penal en el Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo”, en AA. VV., *Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Editorial B de F, Argentina, 2009.
- Umaña, Mario, *Inversión Extranjera Directa en Centro América: el rol de la seguridad jurídica*, 2002. Documento en proceso, disponible en World Wide Web: <http://www.incae.edu/es/clacds/publicaciones/pdf/cen443.pdf>
- Zaffaroni, Raúl y otro, *La Justicia como garante de los derechos humanos: La independencia del Juez*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1996, p. 5-37.
- Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, 2000, p. 7-11.
- Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007.
- Zaffaroni, Raúl, “América Latina: Análisis regional, proceso penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad”, en AA. VV., *Documentos penales y criminológicos (DPC)*, Diego-Manuel Luzón Peña, Ernesto Pedraz Penalva y Sergio Cuarezma Terán -directores-, Volumen I, HISPAMER, 2001, p. 339-362.
- Zaffaroni, Raúl, “Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad”, AA. VV., *El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, 2003, p. 3-24.
- Zaffaroni, Raúl, “La justicia como garante de los derechos humanos en México y en América Central: La independencia del juez”, AA. VV., *La Justicia como garante de los Derechos Humanos: La independencia del juez*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1996, p. 5-37.

En la región latinoamericana, desde comienzo de los años noventa, tiene inicio la reforma de la justicia penal, la “gran reforma del siglo XX”. Se trata de un proceso que implica la transformación del sistema de justicia penal en cada uno de sus componentes, la policía (en el área de la investigación criminal), la reforma de la legislación penal sustantiva, la justicia procesal penal (determina la transición de un modelo procesal inquisitorial al modelo procesal acusatorio) y la legislación penitenciaria. Precisamente, *Luces y sombras de los procedimientos penales en América Latina*, es una obra producto de una investigación científica que toma, veinticinco años después de iniciada, el pulso (marchas y contramarchas) de esta reforma de la justicia penal, en temas sensibles para la vigencia de los derechos fundamentales de la persona, a saber: la justicia negociada, las disfuncionalidades que se presentan en la etapa de investigación, la prueba de los indicios, la protección del imputado frente a las injerencias indebidas en su ámbito privado, la prisión preventiva, los problemas de las técnicas de la litigación oral y las impugnaciones.



INEJ
Fundado en 1995

