



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

[www.cadernosdereitoactual.es](http://www.cadernosdereitoactual.es)

**Cadernos de Direito Actual** Nº 23. Núm. Extraordinário (2024), pp. 245-268  
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **Algunos retos teóricos de la justicia penal negociada. Una crítica al modelo de acuerdo de no persecución en el proceso penal brasileño**

*Some theoretical challenges of negotiated criminal justice. A  
critique of the non-persecution agreement model in the  
brazilian criminal procedure*

**Paulo César Busato<sup>1</sup>**

*Universidad Federal do Paraná*

**Sumário:** 1. Introducción; 2. En que consiste o acuerdo de no persecución penal brasileño; 3. Breves notas sobre el distinto desarrollo de los sistemas penales en Europa, en cuanto a la disponibilidad persecutoria; 3.1. La escasa influencia canónica en sistema penal inglés; 3.2. La larga interferencia canónica en el sistema penal continental; 4. Un panorama del proceso continental actual; 5. El acercamiento de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos; 5.1. El acercamiento de sistemas en el Derecho penal material; 5.2. El acercamiento de sistemas en el Derecho procesal penal; 6. El problema – la incompatibilidad de la importación del acuerdo de no persecución frente al modelo jurídico de proceso continental; 7. Ajustes necesarios a la construcción de una justicia penal negociada en el proceso penal de matriz continental; 7.1. El cambio de la pretensión de verdad por una pretensión general de justicia; 7.2. Un efectivo proceso de partes; 7.3. El espacio limitado del negociador público; 7.4. Las limitaciones impuestas por el principio de legalidad; 7.5. El límite de la libertad; 7.6. Estructura de control sobre la actuación del interviniente público; 8. Consideraciones finales; 9. Bibliografía.

**Resumen:** El texto parte del acuerdo de no persecución recién introducido en el proceso penal brasileño, como referente para discutir el actual fenómeno de acercamiento entre los dos grandes sistemas jurídicos occidentales y la importación de institutos entre los sistemas penales respectivos. A partir de ello, se procede la crítica a la forma en que dicha importación ocurre en el proceso penal brasileño, tomando por base el mismo acuerdo de no persecución, para establecer cuáles son los retos generales para el establecimiento de un espacio de justicia penal negociada en el proceso penal de matriz continental.

**Palavras-chave:** Acuerdo de no persecución – justicia penal negociada – sistemas jurídico-penales – proceso penal.

---

<sup>1</sup> El autor es profesor de Derecho penal de la Universidade Federal do Paraná (UFPR), Doctor en Problemas Actuales del Derecho Penal por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla y Fiscal del Ministerio Público del Estado de Paraná, Brasil.

Recibido: 15/02/2024

Aceptado: 29/03/2024

DOI: 10.5281/zenodo.10899622

**Abstract:** The text is based on the non-prosecution agreement recently introduced in the Brazilian criminal procedure, as a reference to discuss the current phenomenon of rapprochement between the two great Western legal systems and the import of institutes between the respective criminal systems. From this, it proceed to criticize the way in which said importation occurs in the Brazilian criminal process, based on the referred non-persecution agreement, to establish what are the general challenges for the establishment of a negotiated criminal justice space in continental criminal proceedings.

**Keywords:** Non-prosecution agreement – negotiated criminal justice – criminal legal systems – criminal procedure.

## 1. INTRODUCCIÓN

El aparecimiento del acuerdo de no persecución en el Proceso penal brasileño puso de relieve, por una parte, el fenómeno de importación de institutos del *common law* por el Derecho continental como síntoma de acercamiento de los grandes sistemas jurídicos occidentales contemporáneos, pero, igualmente, los problemas que conlleva su adopción sin los adecuados ajustes de estructuras generales del mismo sistema procesal. La identificación de dichos ajustes constituyen el objetivo de este escrito.

## 2. EN QUE CONSISTE O ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL BRASILEÑO

Una de las grandes “novedades” de la Ley 13.964 de 24 de diciembre de 2019, sobre nombrada de “*Paquete Anticrimen*” ha sido el llamado acuerdo de no persecución, que se acerca al *plea bargaining* estadounidense<sup>2</sup>.

Se trata de la introducción en el Código de Proceso penal del artículo 28-A<sup>3</sup> y consiste en una negociación entre el Ministerio Público y el reo – representado por abogado – en dónde, a cambio de no perseguir el delito con un juicio, en casos en que no quepa el sobreseimiento, ni sean delitos realizados con violencia o grave amenaza y cuya pena privativa de libertad no exceda los cuatro años, el reo se somete a condiciones y confiesa el delito.

<sup>2</sup>Aunque haya discusión sobre dicho acercamiento, es opinión sostenida por un estudio específico sobre el tema: CASTRO, A.L.C.D. *Plea bargain: Resolução penal pactuada nos Estados Unidos*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2021, p. 10.

<sup>3</sup>Art. 28-A: Si no es el caso de sobreseimiento y habiendo el investigado confesado formal y circunstancialmente la práctica de infracción penal sin violencia o grave amenaza y con pena mínima inferior a 4 (cuatro) años, el Ministerio Público podrá proponer acuerdo de no persecución penal, desde que necesario y suficiente para la reprobación y prevención del delito, mediante las siguientes condiciones ajustadas cumulativa y alternativamente: I - reparar el daño o restituir el objeto a la víctima, salvo la imposibilidad de hacerlo; II - renunciar voluntariamente a bienes y derechos indicados por el Ministerio Público como instrumentos, producto o provecho del delito; III - prestar servicios a la comunidad o entidades públicas por periodo correspondiente a la pena mínima conminada al delito disminuida de uno a dos tercios, en lugar a ser indicado por el juicio de ejecución, en la forma del art. 46 del Dec.-Ley nº 2.848, de 7 de diciembre de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestación pecuniaria, a ser estipulada en los términos del art. 45 del Dec.-Ley nº 2.848, de 7 de diciembre de 1940 (Código Penal), a entidad pública o de interés social, a ser indicada por el juicio de ejecución, que tenga, preferencialmente, como función, proteger bienes jurídicos iguales o semejantes a los aparentemente lesionados por el delito; o V - cumplir, por plazo determinado, otra condición indicada por el Ministerio Público, desde que proporcional y compatible con la infracción penal imputada. En: BRASIL. Código Penal, disponible en: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm), acceso en: 28 feb. 2024.

Las condiciones a que se somete – bajo pena de que su persecución ocurra – son equivalentes al cumplimiento de algunas de las penas restrictivas de Derecho del rol de penas del Código penal brasileño<sup>4</sup> a las cuales se añade consecuencias extrapenales.

La redacción del texto del artículo no es de las mejores, conteniendo contradicciones internas, como las referencias a acumulación y alternatividad de las condiciones, vaguedad de conceptos como lo que se estime suficiente y necesario para prevención y retribución delictivas y la exigencia de confesión del reo sobre el delito, anticipando la última etapa de la producción de prueba en el proceso y terminando por imponer pena sin proceso<sup>5 6</sup>.

Impone, entre las condiciones el cumplimiento de verdaderas penas restrictivas de derecho, sin que se pueda hablar en culpa formal.

Además de ello, es largo el rol de problemas que aparecen en los párrafos que rigen su forma de ejecución<sup>7</sup>, tema de que se ha ocupado largamente la doctrina

---

<sup>4</sup>Art. 43 - Las sanciones restrictivas de derechos son: I - prestación pecuniaria; II - pérdida de bienes y valores; III - limitación de fin de semana; IV - prestación de servicios a la comunidad o entidades públicas; V - interdicción temporal de derechos [...]. En: BRASIL. *Código Penal*, idem.

<sup>5</sup>Criticando específicamente la exigencia de confesión del hecho como condición del acuerdo, LUCCHESI, G.B. & OLIVEIRA, M.A.D. "Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial, Ano 29 - nº 344, julho de 2021, IBCCrim, São Paulo, 2021, p. 27.*

<sup>6</sup>Respecto de la imposición de pena sin proceso, véase JUNQUEIRA, G.M. "Breves Notas sobre o cabimento ou não do acordo de não persecução penal após o recebimento da denúncia", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial, Ano 29 - nº 344, julho de 2021, IBCCrim, São Paulo, 2021, p. 18.*

<sup>7</sup>Art 28-A: (...) "§ 1º Para computar la pena mínima conminada al delito a que se refiere el *caput* de este artículo, se llevará en cuenta las causas de aumento y disminución aplicables al supuesto en concreto; § 2º Las disposiciones del *caput* de este artículo no se aplican en los supuestos siguientes: I - si cabe transacción penal de competencia de los Juicios Especiales Criminales en los términos de la ley; II - si el investigado es reincidente o si existen elementos probatorios que indiquen una conducta delictiva habitual, reiterada o profesional, salvo que los delitos anteriores sean insignificantes; III - haber sido el agente beneficiado en los 5 (cinco) años anteriores a la comisión de la infracción, por un acuerdo de no persecución penal, transacción penal o suspensión condicional del proceso; IV - en delitos cometidos en el ámbito de violencia doméstica o familiar, o cometidos en contra de mujeres por razones de su condición de sexo femenino, en favor del agresor. § 3º El acuerdo de no persecución penal será formalizado por escrito y firmado por el miembro del Ministerio Público, el investigado y su defensor. § 4º Para aprobar el acuerdo de no persecución penal, será celebrada una instrucción en la que el juez deberá verificar su voluntariedad, mediante la declaración personal del investigado en presencia de su defensor, y su legalidad. § 5º Si el juez considera inadecuadas, insuficientes o abusivas las condiciones previstas en el acuerdo de no persecución penal, devolverá el caso al Ministerio Público para que se reformule el acuerdo propuesto, con el de acuerdo del investigado y su defensor. § 6º Homologado judicialmente el acuerdo de no persecución penal, el juez devolverá los expedientes al Ministerio Público para que inicie su ejecución ante el juicio de ejecución penal. § 7º El juez podrá rechazar la homologación del acuerdo que no cumpla con los requisitos legales o cuando no se realice la adaptación a que se refiere el § 5º de este artículo. § 8º Si se rechaza la aprobación, el juez devolverá los expedientes al Ministerio Público para que analice la necesidad de complementar las investigaciones o inicie la acusación formal. § 9º Se notificará la víctima respecto de la homologación judicial del acuerdo de no persecución penal y su incumplimiento. § 10. Si alguna de las condiciones previstas en el acuerdo de no persecución penal no se cumple, el Ministerio Público deberá informar al juicio, a los efectos de su cancelación y posterior abertura de la acción penal. § 11. El incumplimiento del acuerdo de no persecución penal por parte del investigado también podrá ser utilizado por el Ministerio Público como justificación para no ofrecer la suspensión condicional del proceso. § 12. La celebración y el cumplimiento del acuerdo de persecución no penal no se incluirán en el certificado de antecedentes penales, excepto para los fines previstos en el III del § 2º de este artículo. § 13. Cumplido totalmente el acuerdo de no persecución penal, el juicio competente decretará la extinción de la punibilidad. § 14. En caso de negativa del Ministerio Público a proponer el acuerdo de

especialmente en lo que refiere a la libre actuación del Ministerio Público y el control judicial de legalidad<sup>8 9 10</sup>, pero, que no es el objeto del presente escrito.

Aquí se pretende apuntar para los orígenes de dichos problemas que, a mi sentir, se ubican bastante antes de la promulgación de la ley, en la adopción del instituto sin previa reflexión sobre las diferencias existentes entre los dos grandes sistemas jurídicos de matriz europea desde sus fundamentos y realizar un análisis crítico sobre el inexorable, pero, poco cuidadoso, acercamiento ocurrente entre ellos.

### **3. BREVES NOTAS SOBRE EL DISTINTO DESARROLLO DE LOS SISTEMAS PENALES EN EUROPA, EN CUANTO A LA DISPONIBILIDAD PERSECUTORIA**

Aunque tanto el Derecho romano cuanto el Derecho germánico hayan tenido influencia en la formación del derecho continental y del mismo *common law*, hay hondas diferencias que resulta necesario señalar para comprender las distancias que han marcado las dos fórmulas de realización del control social punitivo en lo que refiere a la disponibilidad persecutoria.

Aunque se pueda reconocer en ambos un origen común romano-germánico<sup>11</sup> es cierto que en el continente, la presencia de la influencia canónica se ha realizado de manera muy distinta y ello ha marcado diferencia en lo que refiere a las consecuencias para la iniciativa persecutoria penal.

El derecho romano ha conocido diferentes perspectivas cuanto a la iniciativa de persecución.

Durante la monarquía o periodo *regio* (754 a.C. a 510 a.C.), había la diferenciación entre los *delicta*, actos sancionados por el *jus civile*, que incluían la injuria, el hurto y el robo cuya iniciativa persecutoria era privada con intervención

---

persecución no penal, el investigado podrá solicitar el envío del caso a un órgano superior, en los términos del art. 28 de este Código. En: BRASIL. *Código Penal*, idem.

<sup>8</sup>Véase LUCCHESI, G.B. & OLIVEIRA, M.A.D. "Sobre a discricionariedade (...) Cit., pp. 26-29.

<sup>9</sup>DA SILVA DE FRANCO, I.C. "O Ministério Público e a Justiça Negocial no Brasil: entre a obrigatoriedade e a discricionariedade", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial, Ano 29 - nº 344, julho de 2021*, IBCCrim, São Paulo, 2021, pp. 20-22.

<sup>10</sup>Y: DE ALMEIDA CAMARGO, P.L. "O risco de *Overcharging* na prática negocial do processo penal brasileiro", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial, Ano 29, nº 344, julho de 2021*, IBCCrim, São Paulo, 2021, pp. 29-31.

<sup>11</sup>Señala Foucault que hubo una "[...] larga serie de peripecias que caracteriza las relaciones entre este Derecho Germánico y el Derecho Romano: relaciones de rivalidad o competencia a veces, y otras, de abierta complicidad. Entre los siglos V y X de nuestra era se produjeron penetraciones, roces y conflictos entre ambos sistemas de derecho. Cada vez que sobre las ruinas del Imperio Romano comienza a esbozarse un Estado y empieza a nacer la estructura estatal, el Derecho Romano, viejo derecho de Estado, se revitaliza. Fue así que en los reinos merovingios, sobre todo en la época del Imperio Carolingio, el Derecho Romano se impuso al Derecho Germánico. Por otro lado, cada vez que se disuelven estos embriones o lineamientos de Estados el Derecho Germánico reaparece. Cuando se desmorona el Imperio Carolingio en el siglo X, triunfa el Derecho Germánico y el Derecho Romano cae en el olvido, permaneciendo así durante varios siglos hasta que renace a finales del siglo XII y en el curso del XIII. Es así que el derecho feudal es esencialmente germánico, no presenta ninguno de los elementos de los procedimientos de indagación, establecimiento de la verdad de las sociedades griegas o el Imperio Romano". Cf. FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*, (trad. JARDIM, E. & MACHADO, R.), 4ª ed., Nau Editora, Rio de Janeiro, 2013, pp. 61-62.

del Estado tan sólo como árbitro y los *crimina* que eran tan los que interesaban al Estado, los más graves, en que la persecución era pública<sup>12 13 14</sup>.

En la segunda etapa, la llamada *República* (510 a.C. a 27 a.C.), la persecución era pública, de oficio, sin partes, apenas con el acusado y el magistrado a su libre albedrío, en el ejercicio del *imperium*. La base era el proceso comicial, que era instaurado por el magistrado que llamaba al acusado para comparecer al proceso y, convencido, al final, de la culpabilidad del reo, le condenaba. A partir de ello, era permitido al condenado el ejercicio del *provocatio ad populum*, a través del cual el pueblo era reunido en asamblea (*comitia*) para confirmar o rechazar la decisión del magistrado, si la consideraba abusiva<sup>15 16</sup>.

En el final del periodo republicano, las antiguas *delicta* han sido incorporadas a la condición de *crimina* y se ha creado la *quæstio* para apurar los casos de concusión, en una forma de acusación pública<sup>17 18</sup>. El juez es separado de la función persecutoria y se maneja la *accusatio*, consistente en la iniciativa de la víctima, que demandaba directamente o por un *accusatore* frente a un juicio ejercido por un magistrado<sup>19</sup>. Dicha separación establece el origen del modelo acusatorio.

Finalmente, el período del *Imperio* (27 a.C. a 284 d.C.), se retoma la iniciativa persecutoria pública, de oficio, por un magistrado, a través de la llamada *Extraordinaria Cognitio*<sup>20 21 22 23</sup>. En este nuevo modelo se encuentra la base del proceso inquisitivo, pues se confiere un amplio poder al magistrado incluso con el abandono de las formalidades procesales y garantías formales<sup>24 25 26</sup>.

Por su turno, el derecho germánico, de las tribus, gozaba de un sistema de persecución principal movido por iniciativa privada, dentro de la lógica de venganza privada, en el cual no era rara la permisividad amplia de acuerdos, como la figura de la *compensatio*<sup>27 28</sup>. Como refiere Eberhard Schmidt, el pensamiento jurídico germano "no admitía como una imposición pública fundamental la protección jurídica y la administración de la justicia"<sup>29</sup>.

<sup>12</sup>Sobre ello, véase TUCCI, R.L. *Lineamentos do processo penal romano*, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1976, pp. 35-36.

<sup>13</sup>FRANCISCI, P.D. *Síntesis histórica del derecho romano*, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1954, p. 176

<sup>14</sup>Y: WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal e história. A origem dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo", *Doutrinas essenciais Direito penal e Processo penal*, Vol. 1, (BADARÓ, G.H. org.), Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 745.

<sup>15</sup>Cf. PRADO, G. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 74-75.

<sup>16</sup>Y: WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal (...) Cit.", pp. 748-749.

<sup>17</sup>Cf. TUCCI, R.L. *Lineamentos (...) Cit.*, pp. 149-150.

<sup>18</sup>Y: WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal (...) Cit.", pp. 750-751.

<sup>19</sup>Cf. WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal (...) Cit.", p. 751.

<sup>20</sup>Véase, respecto de ello, MAIER, J.B.J. *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pp. 269-272.

<sup>21</sup>BARONA VILAR, S. *Proceso penal desde la historia desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 46-48.

<sup>22</sup>Y: WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal (...) Cit.", pp. 754-758.

<sup>23</sup>Un buen resumen también aparece en CABRAL, R.L.F. *Manual do Acordo de não persecução*, 4ª ed., JusPodivm, Salvador, 2023, pp. 22-23.

<sup>24</sup>Véase PRADO, G. *Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 76.

<sup>25</sup>TUCCI, R.L. *Lineamentos (...) Cit.*, p. 84.

<sup>26</sup>Y: WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal (...) Cit.", pp. 754-755.

<sup>27</sup>Sobre el tema véase BARONA VILAR, S. *Proceso penal (...) Cit.*, pp. 46-48

<sup>28</sup>Y: ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H.. "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos", *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E. S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 455.

<sup>29</sup>SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, (trad. DE NÚÑEZ, J.M), 2ª ed., Lerner, Córdoba, 2006, p. 17.

Simplemente no existía la acción pública, a nadie era dado el poder de representar la sociedad para hacer acusaciones a los individuos<sup>30 31</sup>. Para existir un proceso El recurso a la reclamación a una intervención "judicial" – la *busse* – era demandada sin obligatoriedad por el ofendido o su familia, sin intervención de ningún representante de la autoridad<sup>32</sup>.

El proceso penal del Derecho Germánico era, en palabras de Foucault, "una forma singular y reglada de conducir una guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza [...] una forma reglada de hacer la guerra"<sup>33</sup>.

Pero, dicha guerra se podría acabar por simple iniciativa de los guerreros, siempre se admitía el acuerdo entre las partes. La solución privada consistía en una indemnización, en dinero, pero que no consistía en el rescate de una falta, sino en el rescate del derecho a la paz, a escapar de la venganza del oponente<sup>34</sup>.

En realidad, la fórmula germánica no tenía por objetivo el aclarar de los hechos y su responsabilidad – es decir, no se trata de una investigación sobre la verdad<sup>35</sup> –, sino únicamente resolver el conflicto, buscar la recuperación de la paz social turbada por la perturbación generada por la conducta delictiva<sup>36 37</sup>.

La marcada diferencia entre los dos sistemas viene de la influencia del Derecho canónico<sup>38</sup>, especialmente de la Inquisición, en el alta Edad Media, que ha sido muy diferente en la isla y en el continente. Mientras que en el sistema inglés la persecución seguía anclada en la iniciativa de la víctima – como previsto en el sistema germánico – en el continente, el delito ha pasado a considerarse algo que sobrepasaba el interés del ofendido y alcanzaba el interés público en la figura de Dios y del soberano<sup>39 40</sup>.

### 3.1. LA ESCASA INFLUENCIA CANÓNICA EN SISTEMA PENAL INGLÉS

De hecho, aunque el Imperio romano haya estado en Inglaterra del Siglo I, con el Imperador Claudio al Siglo V, lo cierto es que "el proceso de aculturación ha sido poco intenso, en especial en lo que refiere a la asimilación del derecho y de las instituciones jurídicas"<sup>41 42</sup>.

De hecho, desde el Siglo V, con las invasiones de los anglos, sajones y daneses, se instalan reinos germánicos que imponen a fuerza sus reglas y costumbres<sup>43 44</sup> de un modelo de solución de conflictos en el plan privado, con escasa regencia del soberano.

<sup>30</sup>La excepción, presentada por Foucault. En: FOUCAULT, M. *A verdade e as formas (...) Cit.*, p. 60.

<sup>31</sup>Sobre la cita anterior: eran los casos de traición y homosexualidad, cuando curiosamente "la comunidad intervenía considerándose lesada" y el Derecho Germánico admitía acción pública para su reparación.

<sup>32</sup>FOUCAULT, M. *A verdade e as formas (...) Cit.*, pp. 59-60.

<sup>33</sup>FOUCAULT, M. *A verdade e as formas (...) Cit.*, p. 60.

<sup>34</sup>FOUCAULT, M. *A verdade e as formas (...) Cit.*, p. 61.

<sup>35</sup>FOUCAULT, M. *A verdade e as formas (...) Cit.*, p. 61.

<sup>36</sup>En ese sentido PRADO, G. *Sistema acusatório: (...) Cit.*, p. 67.

<sup>37</sup>Una amplia descripción del proceso penal germánico: véase en: BATISTA, N. *Matrizes ibéricas do Sistema Penal brasileiro – I*, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2000, pp. 41-55.

<sup>38</sup>El derecho canónico es reconocido por la doctrina como el gran impulsor del modelo inquisitivo de inspiración romanística del período Imperial. En ese sentido PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 81.

<sup>39</sup>Cf. PERRODET, A. "O acusador público", *Processos penais da Europa*, (DELMAS-MARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 433-434.

<sup>40</sup>Y: CABRAL, R.L.F. *Manual (...) Cit.*, pp. 24-25.

<sup>41</sup>PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 88.

<sup>42</sup>La misma opinión aparece en DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, (trad. DE CARVALHO, H.A.), Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 356.

<sup>43</sup>Cf. DAVID, R. *Os grandes sistemas (...) Cit.*, p. 356

<sup>44</sup>Y: PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 88.

La invasión normanda, en el Siglo XII termina por instaurar definitivamente una estructura de solución de conflictos que mezcla las costumbres locales anglosajonas, las costumbres normandas y la *lex mercatoria*<sup>45</sup>.

Ha sido Guillermo II, El Plantageneta el que finalmente ha logrado la unificación definitiva de Inglaterra, con su reconocimiento como soberano sobre todos los Lores. Pero, dicha imposición se ha logrado con la ayuda de la implantación de un sistema jurídico que quitaba parte del poder de los Lores implantando el sistema de la *rule of King*, consistente en el juicio por un tribunal del jurado (*Trial by Jury*) compuesto de ciudadanos que juzgaban según una regla general impuesta por el rey (*common law*)<sup>46 47</sup>.

Con ello, lograba competir con la regla de la ley (*rule of law*) formada por las costumbres locales, cuyo juicio era dictado o por las asambleas de los hombres libres (*County Court* o *Hundred Court*) o por el mismo *landlord* (*Courts Baron, Court leet* o *Memorial Courts*)<sup>48</sup>.

Las reglas impuestas por el *Trial by Jury*, preservadas por un representante del rey eran procesales y tenían tan sólo por objetivo la preservación de la orden en disputa entre acusador y acusado, mientras que el derecho material era dictado por el jurado, según la costumbre local<sup>49</sup>.

Así, el proceso penal inglés, se construye como un auténtico patrón, un modelo de proceso como disputa entre partes, con plenitud de contradictorio<sup>50 51</sup> y, de consecuencia, esencialmente sujeto a la disponibilidad por las mismas partes.

A parte de la implantación de un sistema jurídico distinto por cuestiones políticas, otro aspecto igualmente relevante de la historia de Inglaterra ha alejado de modo más incisivo la influencia del derecho canónico: el gobierno de Henrique VIII.

Con su conocida pretensión de anulación de su boda con Isabel, la Católica, rechazada por el Papa, Henrique ha optado por fundar su misma religión, la *Anglicana* y autodeclararse sumo pontífice de dicha religión<sup>52</sup>.

La providencia no vino sola, sino que el rey ha tratado de atacar la Iglesia Católica con medidas jurídicas, sacándoles privilegios. Bajo el dominio del catolicismo, resultaba imposible al Estado inglés castigar cualquier delito practicado por el clero, pero, Henrique VIII ha acabado con tales inmunidades, en especial para los delitos de traición, asesinato y felonía. Igualmente ha suprimido los privilegios de los santuarios en donde, hasta entonces, incluso las personas no pertenecientes a la Iglesia podrían alojarse sin que el Estado les pudiera arrestar<sup>53 54</sup>.

Como ha observado David Hume, las intervenciones de Henrique VIII han conducido prácticamente a la "supresión del Derecho canónico"<sup>55</sup>.

Mientras que en el derecho isleño las fórmulas de *rule of law* y *rule of King* han hecho prevalecer las costumbres locales, la composición en búsqueda de

<sup>45</sup>Cf. PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 88.

<sup>46</sup>Cf. COUTINHO, J.N.D.M. *Observações sobre os sistema processuais penais*, Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2018, pp. 118-119

<sup>47</sup>Y: PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 89.

<sup>48</sup>Cf. DAVID, R. *Os grandes sistemas (...) Cit.*, p. 359.

<sup>49</sup>Cf. COUTINHO, J.N.D.M. *Observações (...) Cit.*, p. 119.

<sup>50</sup>En ese sentido DIAS, J.D.F. *Direito processual penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984, p. 247.

<sup>51</sup>Y: COUTINHO, J.N.M.C. *Observações (...) Cit.*, p. 52.

<sup>52</sup>Toda la historia del incidente es relatada en detalles en: CHURCHILL, W. *A História dos povos de língua inglesa*, vol. 3, (trad. DE CAMARGO, E.), IBRASA, São Paulo, 2006, pp. 56-75.

<sup>53</sup>Tales medidas aparecen bien descritas por David Hume en: HUME, D. *História da Inglaterra, Da invasão de Júlio César à Revolução de 1688*, (trad. DE PIMENTA, P.P.), 2ª ed., Unesp, São Paulo, 2017, pp. 168-169.

<sup>54</sup>Y también en CHURCHILL, W. *A História (...) Cit.*, pp. 77-88.

<sup>55</sup>HUME, D. *História da Inglaterra (...) Cit.*, p. 169.

solución del conflicto, la iniciativa privada y la participación popular en la decisión por el jurado, la realidad continental ha sido completamente otra<sup>56</sup>.

### 3.2 LA LARGA INTERFERENCIA CANÓNICA EN EL SISTEMA PENAL CONTINENTAL

En el continente, la influencia del Derecho canónico – especialmente de la Inquisición – ha llevado el interés persecutorio a ubicarse más allá de los simples intereses del ofendido, en la búsqueda de la verdad<sup>57</sup> que suponía una clase de garantía en contra de injusticias<sup>58</sup>. Y dicha garantía se ubicaba en la misma figura del inquisidor, que a un solo tiempo era acusador y juez de la causa, con total libertad para buscar la verdad<sup>59</sup>. El *Malleus Maleficarum* proponía un método detallado para llegar a la verdad, regulando desde la forma de dar inicio a un proceso<sup>60</sup>, cómo interrogar testigos y la acusada<sup>61</sup>, hasta los puntos a tener en cuenta por el juez para ejecutar tortura<sup>62</sup>.

Ha sido exactamente en Portugal y España donde la Inquisición ha mantenido lazos más estrechos con el poder del Estado, permitiéndosele a la Iglesia mantener tribunales en todo el territorio ibérico<sup>63</sup>.

En España, la prevalencia del modelo inquisitorial visó de la revocación de la legislación visigótica (los *Fueros*), por la ley de las Siete Partidas, de Alfonso X, en el Siglo XII, seguido del Ordenamiento de Alcalá, en 1349, alcanzando su punto álgido con los Reyes Católicos en el Siglo XV-XVI, con la instalación, al lado de la justicia común, del Tribunal del Santo Oficio<sup>64</sup>.

En Alemania, ha sido la jurisdicción del Imperio Romano-Germánico que ha proporcionado la instauración del modelo jurídico romano imperial y el consecuente ingreso de la misma Inquisición en territorio alemán, en el paso del Siglo XV al XVI, después de la instalación del Tribunal de Cámara Imperial, en 1495 y con la pretensión de creación de un derecho unificado para los *Länder* con la *Constitutio Criminalis Bambergensis* en 1507 y la *Constitutio Criminalis Carolina*, en 1532<sup>65</sup> <sup>66</sup>.

Lo mismo ha pasado en Francia, en donde la ordenanza de 1254 de Luís IX, ha sido editada a partir del modelo romano-canónico<sup>67</sup>, incluso con apuración de infracciones penales de oficio, alcanzando la Inquisición su punto máximo con la ordenanza de 1670<sup>68</sup>.

Este pensamiento medieval es el que va formando la idea de que la administración de justicia es deber de los poderes públicos<sup>69</sup>, con lo cual, la iniciativa

<sup>56</sup>En ese sentido ilustra Prado que “La forma de actuación de los mecanismos de resolución de conflictos de intereses adoptada en Inglaterra, como consecuencia lógica de la técnica utilizada para postular las jurisdicciones reales, ha alejado el derecho inglés del modelo romano-canónico imperante en el resto de Europa [...]”. En: PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 89.

<sup>57</sup>Observa Foucault que el dato marcante que está en la base de los procedimientos inquisitoriales es la búsqueda de la verdad. Cf. FOUCAULT, M. *A verdade e as formas (...) Cit.*, p. 21.

<sup>58</sup>Cf. SILVEIRA, F.L.D. *Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2021, p. 27.

<sup>59</sup>Cf. WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. “Processo penal (...) Cit.”, p. 763.

<sup>60</sup>KRAMER, H. & SPRENGER, J. *Malleus Maleficarum: O martelo das feiticeiras*, (trad. DE FRÓES, P.; MURARO, R.M. & BYINGTON, C.), Bestbolso, Rio de Janeiro, 2015, p. 409.

<sup>61</sup>KRAMER, H. & SPRENGER, J. *Malleus Maleficarum (...) Cit.*, pp. 418 y ss.

<sup>62</sup>KRAMER, H. & SPRENGER, J. *Malleus Maleficarum (...) Cit.*, pp. 440 y ss.

<sup>63</sup>Cf. LAZZARI DA SILVEIRA, F. *Para uma crítica...cit.*, p. 24.

<sup>64</sup>Cf. PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 84.

<sup>65</sup>PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, pp. 84-85.

<sup>66</sup>Y CABRAL, R.L.F.C. *Manual (...) Cit.*, p. 24.

<sup>67</sup>Cf. PRADO, G. *Sistema acusatório (...) Cit.*, p. 85.

<sup>68</sup>En ese sentido CORDERO, F.. *Procedimiento pena*,. vol. 1, Temis, Bogotá, 2000, p. 21.

<sup>69</sup>En ese sentido SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos (...) Cit.*, pp. 17-18.

persecutoria es igualmente un deber público y no un derecho privado. "El monopolio de la justicia por el Estado es un correlativo del deber del Estado de garantizarla"<sup>70</sup>.

Con ello, la persecución de carácter inquisitivo en el derecho continental quedaba en manos del Ministerio Público en representación del poder público<sup>71</sup>.

Aunque durante el período de la revolución francesa, las sucesivas iniciativas de composición de un nuevo proceso que alejara el carácter autoritario del *Anciën Régimen*, las distintas iniciativas legislativas<sup>72</sup> que han terminado en el *Code d'instruction criminelle* han preservado las dos principales herencias metodológicas de la inquisición: el carácter público del proceso y la creencia en la verdad<sup>73</sup>. La necesidad de control público ya no se justificaba por razones religiosas sino por la idea misma de sumisión de todos a la voluntad general expresada en la ley (principio de legalidad). La búsqueda de la verdad ya no se basaba en razones metafísicas sino en la creencia en sistema de prueba legal<sup>74</sup>.

En realidad, como puso de relieve Binder<sup>75</sup>, el Estado *bonapartista* ha asumido la pretensión de se encargarse – a través del Ministerio Público – de todos los casos penales, los cuales ya no son graves por el daño provocado por el hecho, sino por la desobediencia estatal que representan.

La rotura promovida por la Ilustración con el modelo canónico ha sido de vincularse a un Estado laico, pero, preservando la doble herencia de la Inquisición: el modelo de búsqueda de la verdad y la obligatoriedad persecutoria. Los reformadores como Filangieri, Romagnosi e Carrara han, de hecho, pretendido a conformación de un sistema penal científico<sup>76 77</sup>, pero no han abandonado la justificación central del sistema, consistente en el objetivo final de llegar a una verdad. Hubo una falsa emancipación del dogma a partir de la sustitución de una verdad divina por otra verdad igualmente incuestionable, ubicada en el paradigma científico: la fe en lo divino ha sido sustituida por la fe en la ciencia<sup>78</sup>.

La evidencia de dicha preservación está en las observaciones de Romagnosi<sup>79</sup> sobre el proceso penal, entendido por él como un instrumento destinado a la búsqueda de la verdad y que tiene como objetivo la defensa social.

Es decir: la secularización ha alterado la matriz política, la fuente de legitimación del sistema punitivo, pero no su forma de operación<sup>80</sup>.

Dicho paso ha sido facilitado por la misma metodología de la inquisición, que se ha constituido como "un método-técnica de investigación empírica guiado por la búsqueda de la verdad sobre el supuesto de hecho, pero, igualmente destinado a producir verdad y a legitimar el secuestro estatal de los conflictos privados [...]"<sup>81</sup>.

<sup>70</sup>SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos (...)*, Cit., p. 19.

<sup>71</sup>Cf. CABRAL, R.L.F. *Manual (...)*, Cit., p. 26.

<sup>72</sup>Rodrigo Leite Ferreira Cabral refiere específicamente a la ley procesal de septiembre de 1791; al *Code des délits et des peines*, de 1795 y la ley de 1801, que ha creado la figura del Ministerio Público. Cf. CABRAL, R.L.F. *Manual (...)*, Cit., pp. 27-28.

<sup>73</sup>Sobre este código, véase larga descripción en MAIER, J.B.J. *Derecho procesal penal (...)* cit., pp. 351-360.

<sup>74</sup>MAIER, J.B.J. *Derecho procesal penal (...)* cit., p. 352.

<sup>75</sup>BINDER, A. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*, Empório do Direito, Florianópolis, 2017, p. 155.

<sup>76</sup>En ese sentido BARATTA, A. "Filosofía e Direito penal: Notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias", *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 1, nº 53, (Trad. GIAMBERARDINO, A.), Curitiba, 2011, p. 13.

<sup>77</sup>Una larga disertación sobre la evolución y el paso de la base religiosa para la secular-científica en materia de pruebas, sin perder el eje de búsqueda de la verdad aparece en MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal*, (trad. HEINRICH, H.W.), Bookseller, Campinas, 1997, pp. 16-33.

<sup>78</sup>No mesmo sentido LAZZARI DA SILVEIRA, F. *Para uma crítica (...)* Cit., p. 28.

<sup>79</sup>Véase ROMAGNOSI, G.D. *Genesis del Diritto Penale*, Vol. II, 3ª Ed., Dalla Tipografia di Felice Rusconi, Milano, 1823, p. 91.

<sup>80</sup>LAZZARI DA SILVEIRA, F. *Para uma crítica (...)* Cit., p. 39.

<sup>81</sup>LAZZARI DA SILVEIRA, F. *Para uma crítica (...)* Cit., p. 29.

Es decir, la verdad era circularmente una meta y un resultado del mismo proceso de búsqueda, siempre ajeno a los implicados, como un objeto singular, apartados.

Como bien ha aclarado Felipe Lazzari Silveira:

“Es innegable que, con el final de los regímenes absolutistas y el avance de los ideales ilustrados liberales, el pensamiento inquisitivo ha perdido fuerza. Pero, el hecho de que los liberales no hayan abandonado las estructuras inquisitoriales después del advenimiento del Siglo de las Luces, sino que tan sólo las hayan readecuado, ha sido determinante para que los regímenes siguientes, tanto los totalitarios y autoritarios del principio del Siglo XX como los democráticos aparecidos después de la Segunda Guerra, siguieran teniendo sus sistemas de justicia criminal, principalmente sus modelos procesales, marcados por características arbitrarias propias del pasado inquisitorial”<sup>82</sup>.

En ese sentido, la observación de Eberhard Schmidt de que “en la historia de la administración de la justicia penal alemana, el reconocimiento absoluto del deber del Estado de impartir justicia es una consecuencia del desenvolvimiento estatal que se ha operado paulatinamente en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna”<sup>83</sup>.

Y ni siquiera el advenimiento del idealismo alemán ha quitado la idea de obligatoriedad persecutoria, de una búsqueda por la verdad en el proceso, como bien expresa la teoría *kantiana* de los imperativos categóricos del *Rechtslehre* de 1797-1798<sup>84</sup>, según la cual, siempre que ocurriera un delito sería imperativa la aplicación de la pena.

A partir de ello, si el delito se verifica a partir de la violación de una norma legal, el imperativo de la pena demanda la intervención persecutoria para que se logre su imposición.

Y el paso siguiente de afirmación de una asociación entre la legalidad y la obligatoriedad persecutoria aparece en la construcción de Feuerbach de la teoría de la coacción psicológica.

Las ideas de que 1) toda imposición de pena presupone una ley (*nulla poena sine lege*); 2) sólo la conminación legal del mal fundamenta la posibilidad jurídica de una pena; 3) la imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*) y que es la ley que vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario<sup>85</sup> <sup>86</sup>, que expresan en Feuerbach la legalidad, por una parte representan el límite de decir que no hay posibilidad de castigo sino en la previsión legal, pero, por otra, impone que, presente la violación de la norma jurídica, se imponga la sanción, lo que vuelve obligatorio el manejo del aparato procesal persecutorio.

<sup>82</sup>LAZZARI DA SILVEIRA, F. *Para uma crítica (...) Cit.*, p. 35.

<sup>83</sup>SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos (...) Cit.*, p. 17.

<sup>84</sup>Véase, KANT, I. *Doutrina do direito.*, 4ª ed., Ícone, São Paulo, 2013, especialmente pp. 51-52.

<sup>85</sup>El carácter impositivo de la persecución, es decir, la preservación del imperativo categórico en la obra de Feuerbach aparece claramente cuando afirma que “Toda forma de lesión jurídica contradice el objetivo del Estado, o sea, que en el Estado no tenga lugar ninguna lesión jurídica. Por ende, el Estado tiene el derecho y el deber de hallar institutos mediante los cuales se impidan las lesiones jurídicas”. En: FEUERBACH, J.P.A.V. *Tratado de derecho penal*, (trad. ZAFFARONI, E.R. & HAGEMIEIER, I.), Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 55.

<sup>86</sup>La conexión entre legalidad y obligatoriedad persecutoria en la obra de Feuerbach es bien por sus comentaristas, como, por ejemplo, en GRECO, L. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach, Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 55.

Evidentemente, sólo sería posible mantener la teoría de la prevención general negativa – elaborada por Feuerbach – a partir de la certeza acerca de la existencia de la persecución siempre que estuviera presente el delito. La amenaza de pena sólo podría ser tomada en serio si no hubiera delitos sin pena que le corresponde. Y, si la pena sólo se impone a partir del derecho y el derecho incluye el debido proceso legal, la persecución es un deber del cual al Estado no es dado apartarse.

#### 4. UN PANORAMA DEL PROCESO CONTINENTAL ACTUAL

Así, la sumisión de la voluntad divina del soberano por la voluntad popular expresa en la ley, sin cambio metodológico, trajo para el proceso penal continental de nuestros días, la preservación de una obligación de búsqueda de una verdad que constituye verdadero deber del Estado.

Actualmente, se puede decir que en el ámbito del Proceso penal continental prevalece, como regla, el proceso misto, con parte inquisitiva y parte acusatoria, pero, la intervención jurídica persecutoria de un agente del Ministerio Público, que demanda al Tribunal la causa penal es un deber indeclinable del Estado<sup>87</sup>.

Suele existir un acusador principal público con deberes persecutorios, una vez descubiertas evidencias de práctica delictiva<sup>88</sup>. El Ministerio Público está obligado a proceder los actos procesales que, con arreglo a la ley procesal le son 'permitidos'<sup>89</sup>.

Se organiza la producción y gestión probatoria alrededor de una pretensión de verdad, aunque secular, científica.

Además, la obligatoriedad como expresión de legalidad es la regla sobre la iniciativa persecutoria en el proceso penal continental.

En ese sentido, realizando exactamente un estudio de derecho comparado entre los modelos procesales continentales y los del *common law*, Anitúa y Borinsky<sup>90</sup> han dejado clara la conexión entre legalidad y obligatoriedad persecutoria, a la cual se opone el principio de oportunidad como contraposición teórica.

De hecho, la oportunidad, regente de modelo anglosajón, en el proceso penal continental se fue construyendo como excepción a la regla, justamente delante de la asociación de la obligatoriedad con la legalidad, llegando a un término muy bien resumido por el comentario de Hassemer según el cual, en el modelo continental habrá "tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como sea necesario"<sup>91</sup>.

<sup>87</sup>En ese sentido SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos (...)* Cit., p. 57.

<sup>88</sup>Refiriendo al deber del Ministerio Público de instaurar la investigación criminal preliminar, existiendo una sospecha y el deber de acusar, si presente la sospecha suficiente en el Derecho procesal penal alemán, véase GRECO, L. "Introdução", en: WOLTER, J. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*, Marcial Pons, São Paulo, 2018, p. 59.

<sup>89</sup>Cf. SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos (...)* Cit., p. 66.

<sup>90</sup>[...] frente a los llamados delitos de acción pública se ha considerado que el Ministerio Fiscal debe ejercer obligatoriamente la acción y que el objeto del proceso penal es indisponible, de lo que surge entonces que, por decisión política del legislador, se ha puesto énfasis en la búsqueda y determinación de la verdad histórica, en desmedro de la voluntad de las partes respecto a la existencia y límites de la imputación. Como consecuencia, este modelo de actuación, regido por el principio de legalidad, impide al Ministerio Público abandonar la pretensión penal del Estado, en tanto se mantengan los presupuestos materiales que le dieron origen. Así, el principio de legalidad puede ser entendido como el deber que tienen ciertos representantes estatales (el Ministerio Público, pero también, limitadamente, los órganos de policía) de promover y mantener la investigación de todo hecho con suficiente apariencia delictiva, en la búsqueda de una resolución de carácter jurisdiccional que ponga fin a dicha investigación y, en su caso, atribuya responsabilidades". Cf. ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad (...)" Cit., p. 449.

<sup>91</sup>HASSEMER, W. "La persecución penal: legalidad y oportunidad", *Revista Jueces para la Democracia, información y debate*, nº 4, EDISA, Madrid, 1988, p. 10.

De hecho, se puede notar que en Alemania<sup>92 93</sup>, Italia<sup>94 95 96</sup>, Portugal<sup>97 98</sup> y España<sup>99 100</sup>, la regla sigue siendo la indisponibilidad de la acción penal, por el agente persecutor público como expresión de legalidad, mientras, como excepción, se admite la oportunidad. Se apunta como el modelos híbridos, en donde más hay interferencia del principio de oportunidad en el proceso penal continental, los modelos belga y francés<sup>101 102 103 104</sup>.

No hay ninguna duda acerca de que la estructura del proceso penal brasileño sea una herencia del modelo ibérico<sup>105</sup> y es sabido que la influencia del Tribunal del Santo Oficio ha alcanzado Sudamérica y mantuvo su influencia hasta su abolición en 1834<sup>106</sup>, determinando la persecución de oficio y teniendo como expresión jurídica equivalente en Brasil, las *Ordenaciones Manuelinas y Filipinas*<sup>107</sup>. Por lo tanto, no es un acaso que justamente en Brasil el modelo pautado por la búsqueda de la verdad haya superado un proceso de partes y alejado, lo más posible, la disponibilidad del proceso penal.

Es en este escenario que se pretende avanzar en dirección a la ampliación de los mecanismos de evitación de la persecución penal a través de acuerdos entre el agente persecutor público y el reo.

## 5. EL ACERCAMIENTO DE LOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS.

No es ninguna novedad que la existencia de riesgos globales conectados a actividades delictivas – la llamada globalización del delito – ha producido nuevos retos para el Sistema penal contemporáneo<sup>108 109</sup>.

<sup>92</sup>Cf. ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad (...) Cit., pp. 463-466.

<sup>93</sup>Para detalles sobre el sistema procesal penal alemán, véase JUY-PIRMANN, R. "O sistema alemão", en *Processos penais da Europa*. (DELMÁS-MARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 7-73.

<sup>94</sup>Cf. ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad (...) Cit., pp. 467-469.

<sup>95</sup>Para detalles sobre el sistema procesal penal italiano, en la misma obra, véase MOROSI, G; PÉREZ LANCE, A; POSSE, F. & RAFECAS, D. "El sistema procesal penal italiano" en *Sistemas Procesales Penales comparados*. (HENDLER, E.S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 133-208.

<sup>96</sup>Y PERRODET, A. "O sistema Italiano", en *Processos penais da Europa*, (DELMAS-MARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 341-425.

<sup>97</sup>Cf. ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad (...) Cit., p. 469.

<sup>98</sup>Para detalles sobre el sistema procesal penal portugués, en la misma obra, véase BUNGE CAMPOS, L.M. "El sistema procesal penal de Portugal" "El sistema procesal penal español", en *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E. S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 329-380.

<sup>99</sup>Cf. ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad (...) Cit., pp. 466-467.

<sup>100</sup>Para detalles sobre el sistema procesal penal español, en la misma obra, véase ÁVILA, C; BORINSKI, M.H; FERNÁNDEZ, E. & LAGO, D. "El sistema procesal penal español", en *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E. S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 51-132.

<sup>101</sup>Cf. PERRODET, A. "O acusador público" (...) Cit., p. 465.

<sup>102</sup>Y ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad (...) Cit., pp. 470-472.

<sup>103</sup>Para detalles sobre el sistema procesal penal francés, en la misma obra, véase DIAS, H.L; LOUSTEAU, M. & TEDESCO, I.F. "El sistema procesal penal francés" en *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E.S, org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 209-266.

<sup>104</sup>Y DERVIEUX, V. "O sistema francés", en *Processos penais da Europa*, (DELMÁS-MARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 149-242.

<sup>105</sup>Una obra completa sobre dicho desarrollo es BATISTA, N. *Matrizes ibéricas (...)* Idem.

<sup>106</sup>PRADO, G. *Sistema acusatório (...)* Cit., p. 84.

<sup>107</sup>PRADO, G. *Sistema acusatório (...)* Cit., p. 87.

<sup>108</sup>Véase, respecto de ello, los artículos compilados en FARALDO CABANA, P. (Dir.). *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>109</sup>Sobre una descripción de los riesgos de la llamada modernidad reflexiva, véase BECK, U. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, (trad. DE NAVARRO, J; JIMÉNEZ, D. & BORRÁS, M.R.), Paidós, Barcelona, 1998, pp. 199 y ss.

La dificultad se ubica en un fenómeno de desajuste bastante claro: mientras la producción de resultados socialmente muy desvalorados ocurre en el plan empírico, sin reconocer límites o fronteras, la dimensión del control correspondiente a ello – en especial en lo que refiere al sistema penal – es algo que sigue mayormente vinculado a actividades internas al llamado Estado-nación.

Aunque no se ignore la existencia de estudios muy avanzados en el plano teórico acerca de un Derecho penal global intercultural a partir de una república mundial<sup>110</sup>, lo cierto es que la tarea de ejercicio de control social penal se sigue ejerciendo principalmente en el plano interno del Estado-nación.

Como se ha visto, ha sido distinto el desarrollo del derecho occidental, especialmente en Europa, que produjo sistemas jurídicos completamente distintos como el anglosajón (*common law*) y el del derecho continental (*civil law*).

Por otra parte, la facilidad de circulación del conocimiento en la era de la comunicación permite, igualmente, que las medidas jurídicas tomadas por cada Estado, en el objetivo de realización del control social penal, sean conocidas a nivel global.

Dicha "mirada al otro lado" no está restringida al plan político, sino que alcanza el mismo plan legislativo, produciendo soluciones y – a la vez – problemas de adaptación. El mayor conocimiento mutuo sobre las instituciones jurídicas ha propiciado el despertar de tendencias de importación de instituciones originadas y construidas en un sistema a otro.

### 5.1. EL ACERCAMIENTO DE SISTEMAS EN EL DERECHO PENAL MATERIAL

En el Derecho penal material, es sabido que mientras el sistema continental ha desarrollado, principalmente a partir de autores alemanes, un modelo de *teoría del delito* que condujo a la solución de problemas a partir de conceptos generales aplicados a situaciones particulares, al sistema *anglosajón* se ha organizado a partir del debate sobre *attributions vs. justifications and excuses* a partir de interpretaciones derivadas de un sistema de precedentes, en una fórmula que Fletcher ha calificado de *razonamiento plano*, cuando comparado con el modelo alemán de un *razonamiento estructurado*, que parte de un orden sucesivo de análisis de tipicidad, ilicitud y culpabilidad<sup>111 112</sup>.

No obstante, hay en la doctrina anglosajona, avances en el sentido del ofrecimiento de algún modelo sistemático de solución equitativa de supuestos a partir de criterios generales. Es bastante conocido el avance impulsado en el Derecho americano por los escritos de George P. Fletcher, cuyo camino hacia la Filosofía del Lenguaje como punto de evolución implicó cuestionar las formulaciones del Derecho Penal consuetudinario a partir de sus conocimientos del Derecho Penal continental, especialmente el alemán, muy explícito en su obra<sup>113 114 115</sup>.

Por otra parte, también en el ambiente del Derecho penal continental, los fundamentos filosóficos de matriz anglosajona, especialmente la llamada *linguistic turn*, ha sido objeto de atención de los penalistas para una revisión y actualización del sistema de imputación.

<sup>110</sup>Sobre ello, HÖFFE, O. *Derecho intercultural*, (trad. DE SEVILLA, R.), Gedisa, Madrid, 2008, pp. 217 y ss.

<sup>111</sup>Véase, respecto de ello, FLETCHER, G.P. "The Right and the Reasonable" en (Eser, A. y Fletcher, G.P. Org.) *Rechtfertigung und Etschuldigung*, Max Plank Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 1987, pp. 67-119.

<sup>112</sup>Hay versión en español publicada en Argentina como FLETCHER, G.P. *Lo justo y lo Razonable*, (trad. BUSATO, P. C. & MUÑOZ CONDE, F.), Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

<sup>113</sup>Se trata de FLETCHER, G.P. *Basic Concepts in Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1998.

<sup>114</sup>FLETCHER, G.P. *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000.

<sup>115</sup>Y FLETCHER, G.P. *The Grammar of Criminal Law, Vol. 1*, Foundations, Oxford University Press, New York, 2007.

De hecho, la filosofía del lenguaje ha sido reconocida como el eje necesario para componer una nueva revisión del sistema penal<sup>116</sup>.

El estudio de las bases teóricas y filosóficas utilizadas por el *common law* fue la gran inspiración que llevó Tomás Vives Antón a proponer una revisión de los fundamentos del sistema de la teoría del delito a partir de la Filosofía del Lenguaje<sup>117</sup>.

## 5.2. EL ACERCAMIENTO DE SISTEMAS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

En el ámbito del proceso penal es que el acercamiento resulta más evidente, pero, igualmente, más problemático. Las razones son obvias y se ubican en las diferencias de las herencias de estructuras básicas entre los dos sistemas procesales referidos. Por una parte, tanto en el sistema de justicia penal continental, cuanto, en el sistema anglosajón, la atribución de responsabilidad depende de un procedimiento formal que constituye la garantía fundamental del acusado frente al Estado. Así, en el proceso no hay ninguna distinción metodológica, sino al revés. En ambos sistemas, los principios son similares, es decir, también en el sistema anglosajón vige el principio de legalidad<sup>118</sup>. Y precisamente eso es lo que condujo a un intercambio de institutos más intenso, hasta el punto de que algunos elementos muy característicos de un sistema se desplazan a otro, como es el caso de las soluciones de justicia penal negociada, como, por ejemplo, el acuerdo de no persecución, recientemente implantado en el sistema procesal penal brasileño, objeto de este estudio.

Aunque se sepa que este instituto no representa un caso aislado, sino que, mejor, corresponde a una tendencia cada vez más presente en el proceso penal de matriz continental, de expansión del espacio de consenso<sup>119</sup>, cierto es que, muy al revés de la fórmula de acercamiento planteada en el ámbito del Derecho penal material, la *importación de institutos* en el ambiente procesal – al menos en el Proceso penal brasileño – vino desacompañada de la correspondiente reflexión sobre sus fundamentos, lo que constituye un evidente error<sup>120</sup>.

De hecho, en Brasil, hubo una adhesión a una tendencia internacional de soluciones negociadas de Derecho penal<sup>121</sup>, que ha empezado por los llamados “delitos de menor potencial ofensivo”, con los institutos de *transacción*, *composición civil* y *suspensión condicional del proceso* de la mano de la ley 9.099 de 26 de septiembre de 1995; tuvo una segunda etapa volcada a una justicia premial dirigida hacia la producción probatoria en supuestos de criminalidad organizada, con la *colaboración premiada* de la ley 12.850, de 02 de agosto de 2013 y ha llegado ahora a una tercera y muy extendida etapa con el *acuerdo de no persecución penal*, de la ley 13.964, de 24 de diciembre de 2019<sup>122</sup>.

<sup>116</sup>En ese sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. La "concepción significativa de la acción" de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº. 1, Universidad de Granada, Granada, 1999; disponible en: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-13.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-13.html), acceso en: 22 feb. 2024.

<sup>117</sup>Aunque el modelo haya sido adoptado por Vives en varios escritos, resulta seminal con amplia influencia en España y Sudamérica su VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

<sup>118</sup>Cf. CASTRO, A.L.C.D. *Plea bargain (...)* Cit., pp. 23-24.

<sup>119</sup>La expresión aparece en VASCONCELLOS, V.G. *Acordo de não persecução penal*, Thomson-Reuters Brasil, São Paulo, 2022, p. 18.

<sup>120</sup>De ello se ha percatado LOPES JR., A. "A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECrim", *Boletim do IBCCrim*, ano 29, nº 344, julho de 2021, IBCCrim, São Paulo, 2021, p. 5.

<sup>121</sup>Los impulsos dictados por normativas internacionales aparecen referidos en VASCONCELLOS, V.G. *Acordo (...)* Cit., pp. 19-23.

<sup>122</sup>Ese movimiento va bien descrito en WUNDERLICH, A. & LIMA, C.E.D. "Primeira introdução – dimensões da justiça penal consensual no Brasil", en: *Acordo de não persecução penal e*

Se lo advertía ya Geraldo Prado en el momento del apareamiento de la llamada *transacción penal*<sup>123</sup> a los peligros de una *justicia penal consensual*, según la cual se le concede al investigado el contradictorio “derecho a ser punido”<sup>124</sup>, bajo un discurso utilitarista de que “no hay nada más saludable y justo que la convergencia de intereses entre dos sujetos que están en posición antagónica”<sup>125</sup>, pero se olvida que una de las partes de dicha convergencia es el Leviatán estatal.

En aquel momento, el autor<sup>126</sup> ya refería a la existencia de proyectos de ley en curso con pretensiones de replicar fórmulas de *plea bargaining* estadounidense.

La adaptación de dicha clase de institutos no siempre ocurre por la composición de un *tertium genus* que corresponde a una adaptación atenta a las exigencias sistemáticas, sino que, a veces, lo que ocurre es simple reproducción de un instituto fuera de su contexto, sin preocupaciones claras con el ajuste a los principios directivos del proceso, ni con el núcleo estructurante del sistema, como ha sido exactamente el caso del acuerdo de no persecución penal en el proceso penal brasileño.

## **6. EL PROBLEMA – LA INCOMPATIBILIDAD DE LA IMPORTACIÓN DEL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN FRENTE AL MODELO JURÍDICO DE PROCESO CONTINENTAL**

De hecho, la discusión sobre la posibilidad y adecuación del uso de instrumentos procesales de justicia penal negociada en el sistema continental invita a una reflexión bastante más vertical sobre la misma idea de obligatoriedad vs. disponibilidad persecutoria. No se trata de simplemente rechazar la fórmula negocial, sino comprenderla en sus implicaciones fundamentales. No se puede ser completamente contrario al espacio de consenso en el proceso penal, sino que importa poner de relieve que dichos espacios sólo pueden funcionar si están en armonía con el sistema general de proceso penal que permita la existencia de dicho espacio<sup>127</sup>.

El análisis de las *fórmulas negociables de proceso penal* es bastante más compleja de lo que parece a una primera mirada. De manera general, se puede decir, de entrada, que en un sistema jurídico basado en la legalidad estricta existe una incompatibilidad latente en la afirmación de la culpa *stricto sensu*, condición indispensable para autorizar cualquier recorte de la libertad y la lógica que rige el mecanismo negociable, esencialmente dispositivo.

No es posible plantear en serio soluciones de una justicia penal negociada sin precedente adopción de un modelo acusatorio completo, esencialmente “de partes”. Es que la disposición de la acción penal significa dispensar la intervención del Estado en la realización del control social punitivo y dicha dispensa es incompatible con el principio inquisitivo.

En ese sentido, hay que tener en cuenta a quien pertenece, efectivamente la iniciativa persecutoria.

Es evidente que no se puede pensar en la realidad económicamente desigual de Brasil en una acusación controlada totalmente por la iniciativa privada. Un país que no tiene una defensoría pública que se pueda tomar en serio no puede

---

*colaboração premiada após a lei anticrime* (WUNDERLICH, A. et al), Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, pp. 19-21.

<sup>123</sup>El mecanismo, introducido por el artículo 79 de la ley 9.099/95, consiste en un acuerdo entre el Ministerio Público y el supuesto autor de un delito considerado “de menor potencial ofensivo”, en el cual, dicho acusado se somete a una pena no privativa de libertad, a cambio de que no se inicie la persecución judicial.

<sup>124</sup>PRADO, G.. “Transação penal: alguns aspectos controvertidos”, en *Processo penal: leituras constitucionais*, (BONATO, G. org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 118.

<sup>125</sup>PRADO, G.. “Transação penal: alguns (...) Cit., p. 119.

<sup>126</sup>PRADO, G.. “Transação penal: alguns (...) Cit., pp. 120-121.

<sup>127</sup>En ese sentido la opinión de WUNDERLICH, A. & LIMA, C.E.D. “Primeira introdução (...) Cit., pp. 21-22.

pretender entregar la tarea persecutoria totalmente a la víctima, sin estar consciente de estar impulsando un proceso de victimización secundaria.

Además, aunque no fuera así, en el mundo del Siglo XXI no es más posible negar la condición de bienes jurídicos fundamentales para el desarrollo de los individuos, ciertos bienes colectivos, que no permiten identificación individual de las víctimas, como es el caso del ambiente, por ejemplo.

De ser así, si no es posible admitir una persecución exclusivamente privada y el control que se pretende ejercer sobre las conductas consideradas intolerables se realiza necesariamente con intervención del Estado, que debe de funcionar como un amortiguador del conflicto, carece de una justificación muy alargada la decisión de abandonar el ejercicio del control social punitivo a partir de un *negocio jurídico*, que es composición entre el Estado y el autor del delito.

Pero, no es sólo eso.

El echar mano de la persecución frente la existencia de evidencias de la efectiva existencia de un delito supone desistir, igualmente, de la pretensión de verdad que constituye la esencia del proceso penal continental, por justificaciones de corte utilitarista.

Además, al exigir – como en el caso del ANPP – la confesión respecto del hecho investigado como condición de la realización del negocio jurídico, contraria directamente la supuesta pretensión de verdad del sistema penal, una vez que se abandona la persecución de un culpable asumido.

Y si la pretensión de verdad secularizada es anclada en el principio de legalidad, ya no se puede justificar la subversión de la regla general del proceso penal, de reservar la manifestación del imputado para después de la producción de la prueba en su contra, sin admitir que se viola el mismo principio de amplia defensa, revelando rasgos autoritarios.

Así, hay que tomar en serio todos estos problemas y desarrollar una estructura compensatoria de los sesgos autoritarios que aparecen en ella.

## **7. AJUSTES NECESARIOS A LA CONSTRUCCIÓN DE UNA JUSTICIA PENAL NEGOCIADA EN EL PROCESO PENAL DE MATRIZ CONTINENTAL.**

El punto de partida para hablar de las posibilidades de una justicia negociable en materia penal es un cambio general de objetivos y de estructura en el mismo sistema penal, como fórmula de *reducción de daños*<sup>128</sup>.

### **7.1. EL CAMBIO DE LA PRETENSIÓN DE VERDAD POR UNA PRETENSIÓN GENERAL DE JUSTICIA.**

Si el sistema penal es un sistema integral que debe incluir tanto la estructura material de imputación cuanto el mecanismo procesal de viabilidad persecutoria, ambos tienen que estar integrados en un mismo propósito.

Ya se conoce de las lecciones de Vives Antón<sup>129</sup> que el sistema de imputación debe rebajar sus ambiciones y reconocerse como simple estructura argumentativa. Para tanto, hace falta abandonar su pretensión científica de afirmación de una verdad – ya sea empírica o por equivalencia – y sustituirla por una pretensión general de justicia.

En el ámbito procesal, esta reorientación de perspectivas asume todavía más protagonismo. Si es que se pretende un proceso penal libre de una perspectiva autoritaria, lo primero es abandonar la idea de que su objetivo final es la afirmación de una verdad (*veredictum*). Ha sido justamente en nombre de la verdad que se ha cometido – como antes apuntado –, los peores abusos que la historia del proceso penal ha conocido.

<sup>128</sup>La expresión es de VASCONCELLOS, V.G. *Acordo (...) Cit.*, p. 35.

<sup>129</sup>VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos (...) Cit.*, p. 489.

Finalmente, la búsqueda de la verdad – que se suele llamar *verdad real*<sup>130</sup>  
<sup>131</sup> – termina constituyendo la justificación para una persecución de carácter absoluto, indeclinable. Si es que se pretende afirmar la verdad sobre el delito a través del proceso penal, no es admisible que el mismo proceso abandone dicha búsqueda a cambio de un acuerdo.

Perspectiva muy distinta se puede reconocer cuando el objetivo del debido proceso legal es la producción de un resultado más justo posible. La proposición de una pretensión de justicia en el proceso tiene como punto de partida el hecho de que no existe una justicia absoluta, sino tan sólo un resultado que puede ser reconocido por los involucrados como tal. Es decir, una vez que se llega a un resultado satisfactorio para las partes en disputa procesal, a que ambas puedan someter su voluntad, se ha alcanzado una pretensión general de justicia procesal.

No se desconoce la idea de que la búsqueda por la verdad es de una verdad procesal, por lo tanto, una verdad posible y no absoluta y que el uso consagrado del término justificaría su preservación<sup>132</sup> <sup>133</sup>y además, sería justamente esta verdad el camino para alcanzar una pretensión de justicia.

Se puede, todavía, respecto de ello, añadir un argumento de refuerzo, de orden lógico, en favor de la elección de una pretensión de justicia, que tiene que ver precisamente con la esencia del Derecho. Si el derecho no es otra cosa que no lenguaje (al final, no se hace nada con derecho además de hablar, oír, leer e escribir), aunque proyecte sus efectos hacia afuera, es lógicamente imposible pretender que el término *verdad* sea un “camino” para alcanzar el sentido del término *justicia*.

Ocurre que una expresión *referencial e inclusiva* como es la *justicia (no hay el justo absoluto, sino solamente lo que es más o menos justo, comparativamente a otro)* no puede depender del paso por otro término precedente que sea intrínsecamente *excluyente y absoluto*, como es el caso de la *verdad (si algo es verdadero, todo lo demás es falso)*.

Si, de entrada, descartamos opciones falsas y afirmamos sólo *una verdad*, no es posible pretender generar, a partir de ello, una elección entre *opciones* por el resultado *más justo posible*.

Importa percatarse que, de esta forma, una solución negociable no esta fuera del espectro de posibilidades de lo que puedan las partes considerar un resultado justo para el debido proceso legal, con lo cual.

## 7.2. UN EFECTIVO PROCESO DE PARTES

La segunda cuestión es que la desvinculación entre obligatoriedad y legalidad pasa por la adopción de un proceso verdaderamente acusatorio, es decir, una opción por un proceso de partes, en donde el juez ocupa su papel, distante y arriba de las partes, como guardián de la legalidad.

En un proceso de carácter acusatorio al juez no es dado ni intervenir en la producción de la prueba y ni tampoco condenar más allá de lo que el acusador – sea público o privado – le haya demandado.

Y es justamente esta condición: la imposibilidad de imponer persecución y condena en donde el acusador no la quiere, que vuelve posible la quiebra de la

<sup>130</sup>El término es de uso común en la doctrina penal (véase los comentarios que asocian el término a un ejercicio de poder en KHALED JR., S. *Ambição de verdade no processo penal*, Juspodivm, Salvador, 2009, p. 30.

<sup>131</sup>Y remite a la tesis de Zubiri, como “la intelección en cuanto aprehende el real presente como real”. Véase ZUBIRI, J. *Inteligencia y realidad*, (trad. NOUGUÉ, C.), Realizações Editora, São Paulo, 2011, p. 166; Y para entender toda su construcción de lo que él llama “verdad real”, lo mismo, pp. 166-178.

<sup>132</sup>Véase críticamente, sobre los sucesivos intentos de concebir una fórmula jurídica de verdad KHALED JR., S. *Ambição de verdade (...) cit.*, pp. 29-104.

<sup>133</sup>Y, en defensa del empleo de una fórmula de verdad en el proceso penal, integralmente STILBEN, H. *Processo Justo e Pretensão da Verdade*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2023.

obligatoriedad sin perjuicio de la preservación del principio de legalidad, en el caso, específicamente el debido proceso legal.

En lo que refiere propiamente al acuerdo, la decisión del juez debe de tener naturaleza exclusivamente homologatoria, siempre y cuando se estructure estrictamente en los límites enmarcados por la ley. Evidentemente, remanece al juez la posibilidad de rechazar el acuerdo si sobrepasa lo que sea establecido como límite por la ley procesal.

### 7.3. EL ESPACIO LIMITADO DEL NEGOCIADOR PÚBLICO

La actividad del Ministerio Público en el acuerdo debe de ser limitada de diferentes formas.

En primer lugar, parece no existir espacio para el acusador público en acuerdos alrededor de delitos relativos a bienes jurídicos disponibles y ello por distintas razones.

En primer lugar, al menos *de lege ferenda*, la misma persecución respecto de delitos en contra de bienes jurídicos disponibles debe depender de una autorización de la víctima, aunque realizada por el agente público. Así, si la víctima manifiesta su interés en la persecución, autorizando el agente público a realizarla, no parece lógico que este, a su libre albedrío, la bloquee con el acuerdo de no persecución. Por otra parte, si la misma víctima queda satisfecha con el acuerdo de no persecución como resultado más justo para el caso penal, ella es quien debe decidirlo.

Además, en lo que refiere específicamente al acuerdo de no persecución penal del proceso brasileño, una de las condiciones que se puede imponer es la de *reparar el daño o restituir el objeto a la víctima, salvo la imposibilidad de hacerlo* (Art. 28-A, I), con lo cual, parece lógico que sea la misma víctima la que evalúe si el reparar el daño o la restitución del objeto es el resultado más justo posible para el caso penal.

### 7.4. LAS LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

De otra parte, las limitaciones a la actuación del acusador público no se deben de restringir únicamente a cuáles casos intervenir, sino igualmente debe estar vinculada a estrechos límites de legalidad en los mismos casos en que le toca actuar. Es decir, la actuación del Ministerio Público en casos de delitos vinculados a bienes jurídicos indisponibles debe de estar sometida al principio de legalidad en su más estrecha forma justamente para evitar, tanto cuanto posible, los abusos y espacios de arbitrariedad<sup>134</sup>.

Ello significa que el acuerdo firmado por el agente público no puede imponer penas distintas del límite señalado por el delito que el caso investiga (*lex prævia*), por ejemplo, no es aceptable para un delito en donde no se aplica la pena pecuniaria, imponerla por la vía del acuerdo.

Aun así, el sistema debería enmarcar estándares (*guidelines*) para el contenido del acuerdo, para evitar proposiciones discrepantes para autores de delitos similares, si no por fuerza de la amplia disponibilidad del agente del Ministerio Público, por tratarse de agentes diferentes actuando en supuestos distintos que, aunque refieran a casos similares podrán discrepar mucho en contenido, violando el principio de culpabilidad en su vertiente de igualdad<sup>135 136</sup>.

<sup>134</sup>En ese sentido concurre la opinión de VASCONCELLOS, V.G. *Acordo (...) Cit.*, p. 25.

<sup>135</sup>Lo advierte VASCONCELLOS, V.G. *Acordo (...) Cit.*, pp. 25-26.

<sup>136</sup>El problema ya ha sido advertido incluso en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde los plea son práctica corriente hace muchos años. Cf. McCANNON, B.C. "Prosecutors and plea bargains" e (EDKINS, V. & REDLICH, A. eds.), *A system of pleas*, Oxford University Press, New York, 2019, pp. 56-79.

Específicamente en lo que refiere al acuerdo de no persecución de la ley brasileña, ello significa la completa invalidación del dispuesto en el Art. 28-A, V, por evidente violación de la legalidad (*lex certa*).

Aún refiriendo al acuerdo de no persecución del proceso penal brasileño, hemos visto que él prevé como *condición* el adelanto de la *confesión formal y material* del delito por el investigado. Y es más. La confesión en el acuerdo constituye efectiva prueba en contra del investigado a ser utilizada en el proceso ya que los mismos autores involucrados en la creación del instituto advierten cuidarse de una *ventaja procesal* para el Ministerio Público<sup>137 138</sup>.

Supóngase que las condiciones del acuerdo sean violadas por el investigado después de homologado el acuerdo. La consecuencia es, a tenor de lo dicho en el art. 28-A § 10, el inicio del proceso penal, de la efectiva persecución en juicio del investigado, por su delito.

Pero, en este caso, estará violada, por obligado, la regla mas elemental de la estructura de la amplia defensa del Código de Proceso penal brasileño: el art. 400<sup>139</sup> que establece el orden de producción de las pruebas en el juicio y establece como último acto, el interrogatorio del imputado.

Ello se justifica porque sólo a partir de conocer todas las pruebas producidas por la acusación, el reo puede realizar su auto-defensa. Así, el acuerdo de no persecución subvierte la misma instrucción, violando la legalidad estricta (*lex scripta*), escapando a los límites enmarcados por la ley, afectando, además, la misma idea de amplia defensa.

#### 7.5. EL LÍMITE DE LA LIBERTAD

Otro punto innegociable en un sistema penal democrático es la imposibilidad de imposición de pena de prisión por la vía del acuerdo.

Aunque se pueda vislumbrar en dicha exigencia cierto grado de paternalismo, lo cierto es que la libertad es un valor que no se puede someter a un negocio jurídico. Menos, todavía, en un negocio jurídico que, tomado en la acepción civilista del término, contiene muchos de los vicios que conllevan a su invalidación.

La intervención jurídico-penal en un Estado social y democrático de derecho solamente puede limitar derechos fundamentales de la persona constitucionalmente garantizados – como es el caso de la libertad – presente una necesidad extrema y mediante un alto grado de formalización, con reglas y principios muy bien definidos, incluso el más amplio derecho de defensa, en donde parece no existir espacio para el negocio jurídico o el acuerdo.

La dinámica de la legalidad impone al Proceso penal su conformación como garantía de ausencia de sorpresas, basada, por una parte, en la amplia oportunidad de debate discursivo procesal según las reglas establecidas, en la búsqueda de imponer la fuerza del mejor argumento y; por otra, en conocer anticipadamente las consecuencias del fracaso en el debate procesal (los límites de la pena).

Además, un acuerdo es una modalidad de *negocio jurídico*, en el cual dos o mas sujetos de derecho, limitados por las normas jurídicas intercambian intereses generando derechos y obligaciones mutuas.

Pero, en primer lugar, la limitación de la libertad de un ciudadano *no* es ninguna clase de *derecho* del Estado. De hecho, en sus relaciones internas, el Estado

<sup>137</sup>Es la expresión utilizada por Rodrigo Cabral, uno de los redactores de la resolución que ha inspirado el texto de la ley. Cf. CABRAL, R.L.F. *Manual (...) Cit.*, pp. 128-129.

<sup>138</sup>El carácter probatorio de la confesión del acuerdo de no persecución es ámpliamente criticado en WUNDERLICH, A. et. all. *Acordo de não persecução penal e colaboração premiada após a lei anticrime*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, pp. 60-69.

<sup>139</sup>Art. 400. En la juicio de instrucción, que se celebrará en el plazo máximo de 60 (sesenta) días, se tomarán declaraciones a la parte ofendida, se interrogarán a los testigos llamados por la acusación y la defensa, en este orden, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 222 de este Código, así como aclaraciones de peritos, careos y reconocimientos de personas y cosas, interrogando luego al imputado.

siquiera es sujeto de derechos, pues, ide ser así se instalaría la paradoja de un sujeto que genera sus mismos derechos! Lo que tiene el Estado, frente a los ciudadanos, en materia penal, es un deber – una *potestas* – de ejercicio del control social de lo intolerable.

Por ello, no es razonable llamar *acuerdo* a una situación jurídica en donde una de las partes acepta el recorte de un derecho fundamental a la libertad, mientras que la otra no hace más que librarse del cumplimiento de un deber.

En segundo lugar, un acuerdo es una clase de *negocio jurídico* bilateral en donde, teóricamente, hay libre manifestación de voluntad de las partes.

Pero, el acuerdo de no persecución no es un *negocio jurídico* entre partes igualmente libres, por dos razones. La primera y más fundamental es que hay una asimetría básica entre las dos partes, porque una de ellas es el Estado *Leviatán* y otra es el ciudadano. La segunda es que justamente la parte que está en inferioridad es la que está presionada en su voluntad por la amenaza del proceso.

La coacción es, sabidamente, uno de los vicios del consentimiento que invalida cualquier negocio jurídico. ¿Cómo se puede hablar de *negocio jurídico* si una de las partes del acuerdo actúa bajo amenaza persecutoria por parte de la otra?

Además, la coerción al investigado genera la tendencia a la aceptación del acuerdo, ampliando la posibilidad de imposición de pena a inocentes<sup>140</sup> que no optan por asumir el riesgo del proceso, incluso, el de despertar la furia de los agentes estatales en lograr su condena a una pena más grave<sup>141 142 143</sup>.

Cabe lembrar la contundente crítica de Alschuler:

“Los observadores que niegan que la negociación de culpabilidad pueda dar lugar a la condena de inocentes suelen ser excepcionalmente ingenuos o excepcionalmente cínicos. Los excepcionalmente ingenuos simplemente sostienen que una persona inocente nunca se declararía culpable, cualesquiera que sean las concesiones que se le hayan ofrecido. [...] Los excepcionalmente cínicos, por el contrario, no niegan que la negociación de declaraciones de culpabilidad está bien diseñada para producir la condena de acusados inocentes. Simplemente niegan que haya acusados inocentes”<sup>144</sup>.

Al acuerdo de no persecución siquiera puede apoyarse en la justificación de acercarse al objetivo de pacificación del conflicto tal como en el Derecho germánico, porque, como visto, en este, el acuerdo era celebrado entre *partes iguales*, mediado por el agente público, mientras que en el acuerdo de no persecución del proceso brasileño el Estado es una de las partes del acuerdo.

## 7.6. ESTRUCTURA DE CONTROL SOBRE LA ACTUACIÓN DEL INTERVINIENTE PÚBLICO

Por último, hay que poner de relieve que la misma idea de principio de legalidad, posee una dimensión política<sup>145</sup>, que significa la prevalencia del legislativo, justificada por el control popular ejercido por la fórmula representativa.

En el proceso penal, la dimensión política de la legalidad es exactamente la gran defensa frente a la posibilidad de privilegios y desigualdad, como bien ha destacado Figueirado Dias:

<sup>140</sup>LOPES JR., A. “A crise existencial (...) Cit., p. 5.

<sup>141</sup>En ese sentido LOPES JR., A. “A crise existencial (...) Cit., p. 4.

<sup>142</sup>LANGBEIN, J.H. “Torture and Plea bargaining, *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n 1., 1978, pp. 12-13.

<sup>143</sup>Y VASCONCELLOS, V.G. *Acordo (...) Cit.*, pp. 26-27.

<sup>144</sup>ALSCHULER, A.W. “The changing plea bargaining debate”, *California Law Review*, nº 69, 1981, p. 715.

<sup>145</sup>He desarrollado la idea de una dimensión política del principio de legalidad en BUSATO, P.C. *Direito penal. Parte Geral 1*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, pp. 55-57.

"[...] preserva uno de los fundamentos esenciales del Estado de derecho, en cuanto pone a la justicia penal a salvo de sorpresas y tentaciones de parcialidad y arbitrio. Si fuera posible a los órganos públicos encargados del procedimiento penal apreciar la 'conveniencia' de su ejercicio y omitirlo por 'inoportuno', crecería el peligro del apareamiento de *influencias externas*, del orden más diverso, en la administración de la justicia penal y, aún cuando tales influencias no logran imponerse, el peligro de disminuir (o hacer desaparecer) la confianza de la comunidad en la incondicional objetividad de aquella administración"<sup>146</sup>.

Y completa el catedrático portugués: "Por esta vía, el principio de legalidad se conecta con una máxima tan importante cuanto la igualdad en la aplicación del derecho"<sup>147</sup>.

Ocurre que el agente del Ministerio Público en el modelo procesal continental es un agente público que ingresa en su cargo por oposiciones y le ocupa, al menos en Brasil, indefinidamente y con estabilidad en el cargo.

En sentido completamente contrario, el *Prosecutor* del modelo estadounidense – fuente innegable del instituto debatido – es un ocupante de cargo provisional, sometido a periódicas elecciones, por tanto, a periódico control popular, actuando claramente con sesgo político<sup>148</sup>.

Ello porque la estructura acusatoria – propia del proceso de partes del *common law* – se monta sobre un concepto básico: los mismos ciudadanos eligen los agentes persecutorios según perfiles que se corresponden con sus aspiraciones sociales. En ese contexto, la disponibilidad acerca de las consecuencias de la no intervención debe de ser plena.

Que el acuerdo de no persecución que se celebre esté al albedrío de un agente público no sometido a periódicas elecciones resulta un campo fértil para la instalación de privilegios a los que gocen de buenas relaciones con dichos agentes, una debilidad evidente del sistema<sup>149</sup>.

## 8. CONSIDERACIONES FINALES

No se puede pretender la importación de institutos de justicia negociada organizados a partir del *common law* para sistemas procesales del derecho continental, sin ajustes generales mínimos del sistema. Dichos ajustes incluyen el cambio de la pretensión de verdad por una pretensión general de justicia como objetivo general de la decisión penal; un efectivo proceso de partes, de corte acusatorio; un espacio limitado para negociador que es agente público; una estricta obediencia al principio de legalidad; no negociar ninguna condición que implique privación de la libertad y el desarrollo de una estructura concreta de control sobre la actuación del negociador público.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

ALSCHULER, A.W. "The changing plea bargaining debate", *California Law Review*, n° 69, 1981.

<sup>146</sup>DIAS, J.D.F. *Direito processual penal (...) Cit.*, p. 128.

<sup>147</sup>DIAS, J.D.F. *Direito processual penal (...) Cit.*, p. 128.

<sup>148</sup>En ese sentido, CASTRO, A.L.C.D. *Plea bargain (...) Cit.*, p. 9.

<sup>149</sup>El riesgo es reconocido incluso por los defensores del acuerdo de no persecución. En ese sentido véase la advertencia de Cabral, que entiende que esta es una faz de la obligatoriedad que debe de ser preservada. Cf. CABRAL, R.L.F. *Manual (...) Cit.*, pp. 36-37.

- ANITÚA, G.I. & BORINSKI, M.H. "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos", *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E. S., org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- ÁVILA, C; BORINSKI, M.H; FERNÁNDEZ, E. & LAGO, D. "El sistema procesal penal español", *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E. S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- BARATTA, A. "Filosofia e Direito penal: Notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias", *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 1, nº 53, (Trad. GIAMBERARDINO, A.), Curitiba, 2011.
- BARONA VILAR, S. *Proceso penal desde la historia desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BATISTA, N. *Matrizes ibéricas do Sistema Penal brasileiro – I*, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2000.
- BECK, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, (trad. NAVARRO, J; JIMÉNEZ, D. & BORRÁS, M.R.), Paidós, Barcelona, 1998.
- BUNGE CAMPOS, L.M. "El sistema procesal penal de Portugal" "El sistema procesal penal español", *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E. S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- BUSATO, P.C. *Direito penal, Parte Geral 1*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.
- CABRAL, R.L.F. *Manual do Acordo de não persecução*, 4ª ed., JusPodivm, Salvador, 2023.
- CASTRO, A.L.C.D. *Plea bargain. Resolução penal pactuada nos Estados Unidos*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2021.
- CHURCHILL, W. *A História dos povos de língua inglesa. vol. 3*, (trad. CAMARGO, E.), IBRASA, São Paulo, 2006.
- CORDERO, F. *Procedimiento penal, vol. 1*, Temis, Bogotá, 2000.
- COUTINHO, J.N.D.M. *Observações sobre os sistema processuais penais*, Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2018.
- DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, (trad. CARVALHO, H.A.D.), Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- DE ALMEIDA CAMARGO, P.L. "O risco de *Overcharging* na prática negocial do processo penal brasileiro", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial*, Ano 29, nº 344, julho de 2021, IBCCrim, São Paulo, 2021.
- DERVIEUX, V. "O sistema francês", *Processos penais da Europa*, (DELMÁS-MARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- DA SILVA DE FRANCO, I.C. "O Ministério Público e a Justiça Negocial no Brasil: entre a obrigatoriedade e a discricionariedade", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial*. Ano 29 – nº 344, julho de 2021, IBCCrim, São Paulo, 2021.
- DIAS, H.L; LOUSTEAU, M. & TEDESCO, I.F. "El sistema procesal penal francés", *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E.S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- DIAS, J. de F. *Direito processual penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984.
- FARALDO CABANA, P. (Dir.). *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FEUERBACH, J.P.A.V. *Tratado de derecho penal*, (trad. ZAFFARONI, E.R. & HAGEMEI, I.), Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- FLETCHER, G.P. "The Right and the Reasonable" en: ESER, A. & FLETCHER, G.P. Org., *Rechtfertigung und Etnschuldigung*, Max Plank Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 1987.
- FLETCHER, G.P. *Basic Concepts in Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1998.
- FLETCHER, G.P. *Lo justo y lo Rasonable*, (trad. BUSATO, P.C. & MUÑOZ CONDE, F.), Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- FLETCHER, G.P. *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000.
- FLETCHER, G.P. *The Grammar of Criminal Law, Vol. 1, Foundations*, Oxford University Press, New York, 2007.

- FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*, (trad. JARDIM, E. & MACHADO, R.), 4ª ed., Nau Editora, Rio de Janeiro, 2013.
- FRANCISCI, P.D. *Síntesis histórica del derecho romano*, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1954.
- GRECO, L. "Introdução", en: *O inviolável e o intocável no direito processual pena*, (WOLTER, J.), Marcial Pons, São Paulo, 2018.
- GRECO, L. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach, Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- HASSEMER, W. "La persecución penal: legalidad y oportunidad", *Revista Jueces para la Democracia, información y debate*, nº 4, EDISA, Madrid, 1988.
- HÖFFE, O. *Derecho intercultural*, (trad. SEVILLA, R.), Gedisa, Madrid, 2008.
- HUME, D. *História da Inglaterra: Da invasão de Júlio César à Revolução de 1688*, (trad. PIMENTA, P.P.), 2ª ed., Unesp, São Paulo, 2017.
- JUNQUEIRA, G.M. "Breves Notas sobre o cabimento ou não do acordo de não persecução penal após o recebimento da denúncia", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial, Ano 29 – nº 344*, IBCCrim, São Paulo, 2021.
- JUY-PIRMANN, R. "O sistema alemão", en *Processos penais da Europa*, (DELMÁSMARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- KANT, I. *Doutrina do direito*, 4ª ed., Ícone, São Paulo, 2013.
- KHALED JR., S. *Ambição de verdade no processo penal*, Juspodivm, Salvador, 2009.
- KRAMER, H. & SPRENGER, J. *Malleus Maleficarum, O martelo das feiticeiras*, (trad. DE FRÓES, P; MURARO, R.M. & BYINGTON, C.), Bestbolso, Rio de Janeiro, 2015.
- LANGBEIN, J.H. "Torture and Plea bargaining", en *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n 1, 1978.
- LAZZARI DA SILVEIRA, F. *Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2021.
- LOPES JR., A. "A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECrim", *Boletim do IBCCrim, ano 29, nº 344*, IBCCrim, São Paulo, 2021.
- LUCCHESI, G.B. & OLIVEIRA, M.A.D. "Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade", *Boletim Especial Justiça Penal Negocial, Ano 29 – nº 344*, IBCCrim, São Paulo, 2021.
- MAIER, J.B.J. *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. La "concepción significativa de la acción" de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº. 1, Universidad de Granada, Granada, 1999.
- MCCANNON, B.C. "Prosecutors and plea bargains" en (EDKINS, V. & REDLICH, A., eds.), *A system of pleas*, Oxford University Press, New York, 2019.
- MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal*, (trad. HEINRICH, H.W), Bookseller, Campinas, 1997.
- MOROSI, G; PÉREZ LANCE, A; POSSE, F. & RAFECAS, D. "El sistema procesal penal italiano" en: *Sistemas Procesales Penales comparados*, (HENDLER, E.S. org.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- PERRODET, A. "O acusador público", en *Processos penais da Europa*, (DELMÁSMARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- PERRODET, A. "O sistema Italiano", en *Processos penais da Europa*. (DELMÁSMARTY, M. Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- PRADO, G. "Transação penal: alguns aspectos controvertidos", en *Processo penal: leituras constitucionais*. (BONATO, G. org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.
- PRADO, G. *Sistema acusatório, A conformidade constitucional das leis processuais penais*, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

- ROMAGNOSI, G.D. *Genesis del Diritto Penale, Vol. II*, 3ª Ed., Dalla Tipografia di Felice Rusconi, Milano, 1823.
- SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, (trad. NÚÑEZ, J.M), 2ª ed., Lerner, Córdoba, 2006.
- STILBEN, H. *Processo Justo e Pretensão da Verdade*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2023.
- TUCCI, R.L. *Lineamentos do processo penal romano*, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1976.
- VASCONCELLOS, V.G. *Acordo de não persecução penal*, Thomson-Reuters Brasil, São Paulo, 2022.
- VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- WEDY, M.T. & LINHARES, R.M. "Processo penal e história. A origem dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo", en *Doutrinas essenciais Direito penal e Processo penal*, Vol. 1, (BADARÓ, G.H. org.), Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- WUNDERLICH, A. et. all. *Acordo de não persecução penal e colaboração premiada após a lei anticrime*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.
- WUNDERLICH, A. & LIMA, C.E.D. "Primeira introdução – dimensões da justiça penal consensual no Brasil", en *Acordo de não persecução penal e colaboração premiada após a lei anticrime* (WUNDERLICH, A. et All), Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.
- ZUBIRI, J. *Inteligencia y realidad*, (trad. NOUGUÉ, C.), Realizações Editora, São Paulo, 2011.