

**Las condenas negociadas en el proceso penal:
Análisis teórico y económico de dos modelos en pugna**

*Negotiated sentences in criminal proceedings:
Theoretical and economic analysis of two competing models*
Diego Hernán Goldman¹

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Economía y Ciencias Políticas (ESEADE). Profesor de posgrado de la Universidad de Palermo. Ex Subsecretario de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Seguridad de la República Argentina. Asesor de la Administración Federal de Ingresos Públicos. goldman.diego@gmail.com

UNIVERSOS JURÍDICOS. Revista de derecho público y diálogo multidisciplinar. Año 9, No. 17, noviembre 2021-abril 2022, ISSN 2007-9125

Cómo citar este artículo en formato APA

Hernán, D. (2021). Las condenas negociadas en el proceso penal: Análisis teórico y económico de dos modelos en pugna. *Universos Jurídicos*, 1-36.

Fecha de recepción: 25 de julio de 2021

Fecha de aceptación: 19 de octubre de 2021





SUMARIO: I. Introducción: los cambios de paradigma en el proceso penal, II. Dos modelos de condena negociada: conciliación penal y juicio abreviado, III. La conciliación penal, IV. El juicio abreviado, V. Conclusiones, VI. Bibliografía.

Resumen: Las reformas procesales penales de las últimas décadas han introducido distintas formas mediante las cuales el imputado puede negociar la finalización del proceso. Dentro de ellas se pueden distinguir básicamente aquellas que involucran a la víctima y aquellas que involucran a la acusación pública. A lo largo de este trabajo analizaremos los lineamientos generales de los dos ejemplos paradigmáticos de salida negociada al proceso: la conciliación penal y el juicio abreviado. Veremos sus similitudes y diferencias tanto desde una perspectiva dogmática como de una perspectiva económica que nos permita analizar los incentivos que generan estos mecanismos y sus efectos sobre el bienestar general.

Palabras clave: Proceso penal. Conciliación penal. Juicio abreviado. Análisis económico del Derecho.

Abstrac: *The criminal procedure reforms of the last decades have introduced different ways by which the defendant can negotiate the termination of the process. Within them, it could basically distinguish those that involve the victim and those that involve the public prosecution. Throughout this work we'll analyze the general guidelines of the two paradigmatic examples of negotiated exit to the process: criminal conciliation and abbreviated trial. We'll see their similarities and differences both from a dogmatic perspective and from an economic perspective that allows us*



to analyze the incentives generated by these mechanisms and their effects on general welfare.

Keywords: *Criminal process. Criminal conciliation. Abbreviated trial. Law and Economics.*

I. Introducción: los cambios de paradigma en el proceso penal.

No implica ninguna novedad sostener que los procedimientos penales en América Latina se encuentran en un proceso de transformación que los va alejando definitivamente del paradigma inquisitivo y los va acercando a un modelo acusatorio o adversarial, más próximo a la tradición del Derecho Penal norteamericano o anglosajón. Sin embargo, si bien es un proceso que lleva más de tres décadas con mayor o menor grado de avance según cada país o jurisdicción, no puede decirse que se encuentre aún acabado, puesto que a las reformas legales que se han sucedido en prácticamente todo nuestro subcontinente no las terminan de acompañar las tradiciones y prácticas forenses.

De hecho, en muchos casos el sentido de las reformas ha terminado naufragando por el peso de una cultura judicial arraigada, que fagocita las nuevas instituciones asimilándolas a la vieja lógica. Langer cita el ejemplo de la dificultosa introducción del juicio oral y público en los sistemas penales latinoamericanos y de la Europa continental, señalando que "[s]u potencial transformador ha sido neutralizado o sensiblemente disminuido -a pesar de los múltiples intentos en sentido contrario- mediante la supervivencia del expediente escrito y la incorporación de pruebas por lectura, entre otros mecanismos" (Langer, 2001, p. 126).

Si el tránsito ha resultado complejo entre dos sistemas que, más allá de sus diferencias sustanciales, comparten el paradigma de que el ejercicio de la acción



penal entraña la representación de un interés público -ya sea encarnado en la figura del juez o del fiscal-, cuánto más dificultosa ha de resultar entonces la introducción de una segunda generación de reformas caracterizada no sólo por la revalorización del papel de la víctima en el proceso, sino por una tendencia a la "privatización" -o más bien, reprivatización- de la acusación.

Es que si la primer ola de reformas procesales se caracterizó por el paulatino abandono del paradigma inquisitivo, en el que se confunden las funciones de acusador y juez, para adoptar un modelo de impronta acusatoria en el que ambas funciones, al menos en teoría, se encuentran en manos de órganos estatales diferenciados, el segundo movimiento de reformas procesales se caracteriza por la incorporación de un actor que había permanecido por largos siglos al margen de las preocupaciones de la doctrina penal: la víctima. Esta víctima, ahora empoderada, ha dejado de ser un mero objeto de prueba o una excusa para desatar el funcionamiento del aparato punitivo del Estado, para ser reconocida como un sujeto pleno del proceso, que debe no sólo ser informado y oído, sino que también puede impulsarlo en paridad de condiciones con la acusación pública e incluso disponer libremente de la acción en algunos supuestos. Al respecto, se ha señalado que se abre paso un modelo de justicia reparatoria que:

[S]e caracteriza por construir la infracción penal como la producción de un daño, es decir, como la afectación de los intereses de una persona determinada. La persecución permanece en manos -o depende- del individuo que ha soportado el daño y el Estado no interviene coactivamente en el conflicto -que permanece definido como conflicto interindividual- y, cuando lo hace, es porque la víctima lo solicita expresamente (Bovino, 2009, p. 111).

Este camino que conduce a un Derecho Penal interesado no sólo en la prevención y represión del delito, sino también en la resolución del conflicto subyacente al ilícito penal y en la reparación del daño causado a la víctima, tiene un hito fundamental a nivel del Derecho Internacional con la adopción, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, de la "Declaración sobre los principios fundamentales de



justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder" del año 1985. Este instrumento prevé el derecho de las víctimas a ser informadas del estado del proceso y ser oídas cuando estén en juego sus intereses (punto 6, incs. a y b), así como a participar de "mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación" de los perjuicios que han sufrido (punto 7).

Las distintas legislaciones nacionales, con el correr del tiempo, han ido adoptando e incluso ampliando estos principios. Así, por ejemplo, el Código Procesal Penal Federal argentino del año 2014 dedica su artículo 80 a enumerar los derechos de la víctima, entre los que se cuentan los de intervenir en el proceso, ser informada del estado de las actuaciones, ser escuchada antes de cada decisión que ponga fin a la causa y poder requerir su revisión, y poder constituirse en querellante. Asimismo, en el artículo 34 se contempla la posibilidad de que, en los supuestos de ciertos delitos leves, la víctima pueda poner fin al proceso mediante la celebración de un acuerdo conciliatorio con el imputado. Previsiones semejantes contiene el Código Procesal Penal chileno, tanto en relación a los derechos de la víctima (arts. 109 y 111) como a la posibilidad de llevar a cabo acuerdos reparatorios entre ésta y el imputado (arts. 241 y 242); y lo propio hace el Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano, que enumera los derechos de la víctima en su art. 109 y regula los denominados acuerdos reparatorios en sus arts. 186 a 190.

De todas estas cuestiones, analizaremos en esta oportunidad a la denominada conciliación penal -concebida como un mecanismo por el cual la víctima y el imputado pueden llegar a un acuerdo que ponga fin al proceso- y la compararemos con la facultad, en algún punto análoga, que los códigos procesales de tipo acusatorio suelen acordar a favor de la acusación pública para negociar el reconocimiento de los hechos y la pena con el imputado.



En tal sentido, nos detendremos a evaluar no sólo el fundamento dogmático o de política criminal en el que se apoyan estas facultades, en apariencia similares, que se conceden a la víctima y al acusador público para negociar con el imputado, sino también la dinámica e incentivos que rigen las tratativas entre las partes y sus efectos sobre el bienestar general de la sociedad, recurriendo para ello a las herramientas que brinda el Análisis Económico del Derecho.

La comparación entre estos dos supuestos de salidas negociadas al proceso penal nos servirá para mostrar la lógica absolutamente distinta que rige a uno y otro caso e ilustrará el por qué, pese a que ambos supuestos constituyen expresiones de un proceso penal de tipo bilateral o adversarial, nos animamos a sostener que la incorporación de la víctima como actor central del proceso implica un cambio de paradigma quizás más profundo que el que representó la separación estricta de las funciones del juez y la acusación.

II. Dos modelos de condena negociada: conciliación penal y juicio abreviado.

Como hemos mencionado, la coexistencia en nuestros ordenamientos procesales penales latinoamericanos de, en líneas generales, dos sistemas que permiten la conclusión anticipada del proceso mediante la negociación entre las partes, no debe llevar a identificarlos o confundirlos. Estos sistemas, que podemos condensar a los fines explicativos en los institutos de la conciliación penal y del juicio abreviado, responden a lógicas y propósitos completamente distintos. No ignoramos, desde luego, que muchas veces los distintos ordenamientos procesales contemplan simultáneamente otras herramientas con algunas similitudes con estos institutos, como lo pueden ser el imputado colaborador, la delación premiada, la *probation* o la extinción de la acción penal por reparación integral del daño. A los fines de este trabajo, sin embargo, nos concentraremos en los institutos antes



mencionados, que ejemplifican de modo claro las posibilidades de negociación entre víctima e imputado, y entre acusación pública e imputado, respectivamente.

Así, el juicio abreviado (previsto en el art. 323 y ss. del Código Procesal Penal Federal argentino, el art. 406 y ss. del Código Procesal Penal chileno y el art. 201 y ss. del Código Nacional de Procedimientos Penales mejicano, entre otros ordenamientos procesales de la región) es un instituto fundado en la necesidad de economizar recursos ante el colapso del sistema penal, que tiene su antecedente más obvio e inmediato en el *plea bargaining* del derecho norteamericano.

Se trata de un instituto que no escapa a la lógica de la acción penal pública y la primacía del interés estatal por sobre el de la víctima, en el cual el fiscal puede resignar parte de la pretensión punitiva para hacer más eficiente su actuación y economizar recursos al sistema, sin que ello necesariamente redunde en un más eficaz acercamiento a la verdad o en una satisfacción de los intereses de la persona directamente afectada por el delito. Como veremos, además, bajo ciertas circunstancias el juicio abreviado puede generar incentivos para que imputados inocentes consientan sentencias condenatorias injustas.

Por su parte, las soluciones basadas en acuerdos entre víctima e imputado, tal como la denominada conciliación penal (art. 34 del Código Procesal Penal Federal argentino), los procedimientos de justicia restaurativa (arts. 518 a 527 del Código de Procedimiento Penal de Colombia) o los acuerdos reparatorios (arts. 186 a 190 del Código Nacional de Procedimientos Penales mejicano, arts. 241 a 246 del Código Procesal Penal chileno) no tienen por propósito inmediato dotar de mayor celeridad al proceso o evitar el dispendio de recursos estatales, sino que apuntan a una solución del conflicto de fondo sobre el que se erige el caso penal, promoviendo el reconocimiento del daño por parte de su autor, la reparación de la víctima y el restablecimiento de la paz social. Se ha dicho, en este orden de ideas, que:



[N]o es fundamento de este tipo de soluciones lograr una aceleración en el proceso de administrar justicia, sino antes bien, el intento por brindar una respuesta al conflicto que se asegure de satisfacer los intereses de las partes (víctima-imputado). Se trata así de una suerte de "civilización del procedimiento penal" que permite a las partes arribar a acuerdos que luego decidirán la suerte de la acción pública (Alliaud, 2009, p.6).

Entendemos, siguiendo esta línea de razonamiento, que las soluciones consensuadas en el proceso penal constituyen una herramienta sumamente interesante que no sólo contribuye a una solución verdadera y eficaz del conflicto, sino que además puede tener un significativo efecto de prevención especial positiva y un efecto de prevención general negativa similar al de la pena, así como contribuir a la maximización del bienestar del conjunto de la sociedad. Seguidamente abordaremos estas cuestiones.

III. La conciliación penal

a) Justificación teórica: el modelo de justicia restaurativa

El fundamento teórico de los mecanismos de negociación o conciliación entre víctima e imputado no radica, como hemos visto, en razones puramente pragmáticas. Por el contrario, abrega en una concepción de justicia restaurativa en la cual la pena no es la finalidad última del proceso penal, sino una de entre varias herramientas que el Derecho ofrece para la resolución del conflicto. El propósito del sistema jurídico, en esta concepción, es el restablecimiento de la paz social y la reparación de los daños causados por el delito, lo que en cierto modo desdibuja la distinción entre el ámbito civil y el penal. Se destaca, en este sentido, que las soluciones consensuales no sólo representan un doble beneficio para la víctima, quien se adueña del conflicto y se asegura una solución que atienda a sus intereses concretos, sino también para el imputado, que evita la estigmatización, y para la sociedad en su conjunto, al restablecer los vínculos entre el poder judicial y la comunidad (Alliaud, 2009, p. 7).



Dentro de esta línea de razonamiento, Roxin señala que el sistema penal promueve la insatisfacción de las víctimas, toda vez que la pena de prisión y la multa tienen como rasgo común dificultar el resarcimiento: en el primer caso, porque la persona privada de su libertad no puede generar ingresos para compensar a la víctima y, una vez liberada, su reinserción laboral será difícil; en el segundo, porque quien paga una multa suele considerar que con ella ya ha expiado suficientemente sus culpas (2009, p. 72). Por el contrario, las soluciones de tipo restaurativo no sólo apuntan a satisfacer el interés de la víctima, sino que pueden tener un interesante efecto de prevención especial positiva:

Si en el proceso penal se alcanza una reconciliación entre víctima y autor, entonces allí residen primordialmente enormes oportunidades de prevención especial. Como la represión se reemplaza por una regulación del conflicto de tipo conciliador, se economiza o ahorra al autor la discriminación social ligada a una sanción penal, la cual, la mayoría de las veces, solamente aumenta su desintegración social. Resarcimiento y reconciliación, reparación en vez de represión, en forma distinta a la irrogación de un mal, podrán y harán experimentar al propio autor de manera espontánea y llena de sentido una corrección de las falencias sociales (Roxin, 2009, pp. 77-78).

Los argumentos en pos de un proceso penal enfocado en la reparación del perjuicio tienen, en consecuencia, un profundo sentido humanista. Desde el lado del imputado, apuntan a la internalización del sentido dañoso de la conducta y el impacto del delito sobre la víctima, lo cual frecuentemente conduce al arrepentimiento y a una mayor predisposición a cumplir el acuerdo conciliatorio. Desde la perspectiva de la víctima, los procesos de mediación o conciliación suelen tener también un sentido mucho más profundo que la mera reparación del daño material sufrido. En muchas ocasiones, la posibilidad de conocer los motivos que han llevado al imputado a cometer el delito, el poder escuchar de primera mano su arrepentimiento y su pedido de disculpas, constituyen para la víctima una satisfacción mucho mayor que la aplicación de una pena al delincuente (Rojas, 2000, p. 143).



Finalmente, como veremos más adelante, los mecanismos de conciliación o justicia restaurativa pueden constituir un medio no sólo para optimizar la utilización de los recursos destinados al sistema penal, sino para promover la maximización del bienestar social, al menos en comparación con el resultado que se obtendría a través de modelos exclusivamente enfocados en la disuasión del delito por medio de la pena. Este aspecto, que no es tenido generalmente en cuenta como justificación teórica por quienes abogan por soluciones restaurativas al conflicto penal, adquiere mayor significancia desde la óptica del Análisis Económico del Derecho, que propugna a la eficiencia como un criterio rector del sistema jurídico.

b) Dinámica e incentivos de la negociación

Distintas legislaciones procesales de Latinoamérica prevén la posibilidad de negociación entre víctima e imputado con rasgos bastante similares: se reserva a delitos menores -preferentemente de naturaleza patrimonial y que no hayan trasuntado en graves daños físicos o la muerte de la víctima, ni afectado un interés público-; el contenido del acuerdo no está predeterminado por la norma -pero debe ser razonable en relación al daño y producto del consentimiento libre de las partes-; puede intervenir un tercero que facilite las negociaciones; el acuerdo debe ser homologado por el juez; y, por lo general, el cumplimiento de lo pactado determina la extinción de la acción penal, mientras que su incumplimiento, la reanudación del proceso.

Las negociaciones pueden ser instadas por cualquiera de las partes, o bien promovidas por el Ministerio Público u otra dependencia pública. El art. 22 del Código Procesal Penal Federal argentino, por caso, establece como deber de los jueces y fiscales procurar la resolución de conflictos, mientras que los arts. 522 y 523 del Código de Procedimiento Penal de Colombia establecen, respectivamente, una instancia de conciliación previa a cargo de un conciliador independiente en los casos de delitos querellables, y la designación de mediadores neutrales para los



demás delitos susceptibles de ser incorporados a un programa de justicia restaurativa.

Lo relevante, en definitiva, es que las partes pueden acceder a una instancia en la que buscan la resolución del conflicto a través de concesiones recíprocas, cuyo contenido no está predeterminado o tasado por la norma, pudiendo incluir tanto la reparación material del daño sufrido por la víctima, como una reparación moral, un pedido de disculpas, un servicio personal, etcétera. En este sentido, resulta primordial que el acuerdo tienda a satisfacer las necesidades e intereses subjetivos de la víctima, antes que responder a criterios objetivos de reparación del daño. De hecho, en muchos casos, el pedido de disculpas del imputado, el reconocimiento del hecho, o la posibilidad de poder conocer cabalmente la verdad, resultan para la víctima mucho más importantes que un resarcimiento de naturaleza pecuniaria. Se ha dicho al respecto que:

[E]l dato más importante para determinar la razonabilidad del acuerdo consiste en la satisfacción de la víctima, y no en el punto de vista de un tercero, ajeno al conflicto, que analice el contenido del acuerdo aplicando criterios objetivos de proporcionalidad [...] Así, si por un delito que ha causado un daño patrimonial el acuerdo consiste en un pedido público de disculpas del imputado dirigido a la víctima, y ésta se siente genuinamente satisfecha con esa medida reparatoria, el acuerdo debe ser aceptado, siempre que se determine la voluntariedad con que han actuado las partes (Bovino, 2009, p. 112).

Esta multiplicidad de posibilidades de reparación está expresamente reconocida en el artículo 523 del código ritual colombiano, según el cual la mediación "...podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón". Otras legislaciones, como la chilena o la mexicana, simplemente no imponen condición alguna al contenido de los acuerdos, más allá de la exigencia de que sean producto del libre consentimiento de las partes.



La libertad de contenido de los acuerdos es un punto de partida interesante para comenzar a analizar los incentivos que el instituto de la conciliación penal brinda a las partes involucradas en el conflicto.

Precisamente porque el contenido del acuerdo no está predeterminado por la norma, la víctima tiene variadas razones no sólo para intentar alcanzar una solución consensuada con el imputado, sino primeramente para denunciar el hecho ante las autoridades. Recordemos, en tal sentido, que en ausencia de la posibilidad concreta de reparación que ofrecen los acuerdos conciliatorios, las víctimas de delitos menores ni siquiera suelen denunciarlos:

No lo hacen porque saben que ello les puede ocasionar varias cargas y prácticamente ninguna utilidad práctica. Deberán concurrir a la comisaría y posteriormente varias veces a los tribunales para prestar declaración, perdiendo tiempo y dinero. En el caso en que se llegase a individualizar al criminal, lo máximo que podrían esperar es que se lo condene a prisión, lo que a la víctima particularmente no le sirve de mucho (Rojas, 2000, p. 164).

Ahora bien, si la posibilidad de obtener una reparación es de por sí un incentivo para que las víctimas insten la investigación de delitos que de otro modo quedarían absolutamente impunes, la amplitud de contenido de los acuerdos es lo que otorga mayor atractivo a esa opción.

Si el resarcimiento estuviera limitado a los aspectos materiales del daño sufrido, las víctimas no tendrían razones valederas para involucrarse en un proceso penal en los casos en que el perjuicio no es económicamente significativo o se desconoce la solvencia del imputado para responder patrimonialmente. Sin embargo, el incentivo para que la víctima asuma un rol protagónico en el proceso penal en muchas ocasiones no es de naturaleza económica, sino que está dado por el propósito de satisfacer una necesidad de justicia. Aquí la posibilidad de resarcimientos simbólicos como el reconocimiento del hecho por parte del imputado, el pedido de disculpas o las muestras de arrepentimiento juegan un lugar preponderante. Tal como lo señala Roxin citando diversos estudios en Japón, los EEUU y Alemania, la



mayor parte de las personas está dispuesta a dar preferencia, en el marco de un proceso penal, a la reparación y otros actos de conciliación, incluso simbólicos, por sobre la aplicación de una pena al imputado (2009, p. 79).

Lógicamente, si el interés de la víctima en el proceso es preponderantemente económico, puesto que el daño que ha sufrido es significativo y el imputado posee capacidad económica para resarcirlo, la conciliación en sede penal suele ofrecerle un instrumento más expeditivo y eficaz que las acciones en sede civil.

La posición de la víctima para negociar, además, suele ser más fuerte en el marco de un proceso penal que en un proceso civil, dado que en el primero el imputado muchas veces pone en juego su libertad. Ello puede llevar válidamente a preguntarnos si, entonces, la conciliación penal es un instituto que se presta para algún tipo de abuso de esa posición de preeminencia relativa.

Al respecto, cabe señalar que el monto del resarcimiento que puede obtener la víctima está en los hechos limitado por el costo que para el imputado representa la expectativa de pena a la que se enfrenta: difícilmente éste acceda a brindar una reparación que le resultara más onerosa que el cumplimiento de la pena legalmente establecida para el hecho, descontado por la probabilidad de ser efectivamente condenado.

Cuantificar ese costo, claro está, puede resultar complejo. Conceptualmente, en los casos de penas privativas de libertad consistirá en la suma de los ingresos que la persona condenada dejaría de percibir mientras se encuentre en prisión, el sufrimiento que el encarcelamiento conlleva en sí mismo, y la disminución de ingresos futuros una vez liberada, derivada del efecto estigmatizante de la pena. Respecto de esto último, cabe agregar que el encarcelamiento, más aún cuando es prolongado, conlleva un deterioro del capital humano del individuo causado por la depreciación de sus habilidades, la pérdida de contactos, etc. (Posner, 2007, p. 355).



Por otra parte, contrariamente a lo que sucede en las negociaciones encabezadas por la fiscalía, en la que ésta puede presionar al imputado para que acepte un acuerdo imponiéndole significativos costos durante el proceso (típicamente, mediante la prisión preventiva) o incrementar la pena esperada ejerciendo la acusación por un delito más grave, la víctima carece, por si misma, de semejantes herramientas para mejorar "artificialmente" su posición en las tratativas. Ello permite despejar, entonces, cualquier temor de abuso de la posición dominante de la víctima en la conciliación penal, tendiente a obtener un resarcimiento absolutamente desproporcionado en relación al perjuicio sufrido.

Finalmente, si bien la existencia de elementos de prueba contundentes en contra del imputado mejora evidentemente la posición de la víctima en la negociación, al empujar hacia arriba el límite del resarcimiento que se encuentra en condiciones de exigir, también constituye un poderoso incentivo para que el damnificado acceda a un acuerdo. Ello por cuanto, al incrementarse la probabilidad de la pena en caso de falta de acuerdo, disminuyen correlativamente las posibilidades de obtener un efectivo resarcimiento en sede civil, desde que la capacidad de una persona para responder patrimonialmente, en la mayoría de los casos, se reduce sensiblemente al ser privada de su libertad.

Analicemos ahora la cuestión desde el punto de vista del imputado. Aquí, el incentivo más obvio y poderoso para intentar un acuerdo con la víctima está constituido por la posibilidad de evitar la imposición de una pena. Cuanto mayor sea la probabilidad de la pena, el costo de oportunidad de la privación de la libertad y/o la aversión al riesgo del imputado, mayor será su predisposición a formular una oferta de resarcimiento que satisfaga el interés de la víctima. Un imputado que actúa racionalmente debería estar dispuesto a ofrecer cualquier reparación cuyo costo sea menor que el costo esperado de la pena. Siguiendo este razonamiento, los imputados que saben que existen contundentes pruebas en su contra, que



pueden obtener importantes ingresos en libertad y/o que son absolutamente refractarios al riesgo, tenderán a hacer las ofertas de reparación más sustanciosas.

Las negociaciones que venimos analizando, por otra parte, no implican un riesgo de coerción procesal en contra del imputado inocente. En la medida en que en estos casos la probabilidad de la pena tiende a ser baja, los incentivos para que un individuo reconozca una responsabilidad de la que carece y acceda a ofrecer un resarcimiento son también escasos. Un acuerdo en tales condiciones sólo sería posible si el daño resarcible es de escasa significación y el imputado tiene una gran aversión al riesgo. De lo contrario, la oferta de reparación estará casi siempre por debajo de lo que la víctima estaría dispuesta a aceptar en compensación por el perjuicio sufrido. La oferta de resarcimiento, además, sólo abarcaría aspectos materiales, pero no simbólicos como el arrepentimiento o la contribución al esclarecimiento de la verdad. ¿Qué podría ofrecer al respecto un imputado ajeno al hecho? Esto restringe aún más las posibilidades de acuerdo conciliatorio con un imputado inocente a los casos en que predominan los intereses pecuniarios.

Ahora bien, la posibilidad de que el imputado pueda evitar la pena a través de un acuerdo con la víctima, ha despertado las críticas de quienes entienden que ello beneficia principalmente a los imputados con mayor capacidad económica:

Si el Estado opta por otorgar a los particulares la posibilidad de disponer de la persecución penal a cambio de dinero, no hace falta teorizar mucho para darnos cuenta de que este instituto afectará principalmente el principio de igualdad regulado por el art. 16 de la Constitución Nacional [...] pues no le corresponderán las mismas responsabilidades penales a quienes tengan recursos para evitar el peso de la sanción penal que a quienes no, con toda la complejidad que supone otorgar impunidad irrestricta a quienes cuenten con una gran capacidad resarcitoria (Molina, 2019).

Esta crítica soslaya, en primer lugar, que este tipo de instrumentos apunta principalmente a satisfacer los intereses de las víctimas y devolverles la centralidad en el proceso, por lo que sería injusto privarlas de la posibilidad de obtener una reparación efectiva del daño que han sufrido con la excusa de no dar un trato



desigual a imputados con distintas posibilidades económicas. En segundo lugar, el cuestionamiento minimiza la importancia que las reparaciones no materiales tienen en este tipo de institutos. Como se mencionó reiteradamente, muchas veces la víctima encuentra mayor satisfacción en un pedido de disculpas que en una indemnización económica, máxime cuando estos mecanismos apuntan particularmente a delitos menores como las lesiones leves, el hurto, las amenazas, etcétera. Finalmente, tampoco puede dejar de señalarse que, desde que la indemnización máxima que estará dispuesto a acordar un imputado dependerá del costo esperado de la pena, una persona de mayores ingresos debería estar, en líneas generales, dispuesta a pagar un resarcimiento mayor. Desde que parte del costo de la pena privativa de la libertad es proporcional a los ingresos del imputado (pérdida de ingresos presentes y futuros por la privación de la libertad y el efecto estigmatizante de la pena), la indemnización pecuniaria a las víctimas debería tender también a ser proporcional a esos ingresos. En la medida en que la víctima tenga conocimiento de la situación patrimonial del imputado, negociará el resarcimiento material teniendo ello en cuenta.

Resumiendo lo expuesto, podemos concluir que el interés de la víctima en el acuerdo está dado por obtener un resarcimiento al daño que ha sufrido, pudiendo resultar esa reparación material o simbólica. Para el imputado, por su parte, el incentivo para acordar está constituido por la posibilidad de evitar la imposición de una pena. Partiendo de esta base, cualquier acuerdo en el que la víctima encuentre reparación suficiente para el daño sufrido y el imputado ofrezca a cambio una prestación cuyo costo sea menor al de la pena esperada por el delito mejorará, en definitiva, la situación relativa de ambas partes y, por ende, contribuirá a maximizar el bienestar de la sociedad, como veremos a continuación.

c) Efectos sobre el bienestar general y la prevención del delito

UNIVERSIDAD VERACRUZANA.

Instituto de Investigaciones Jurídicas

<http://universosjuridicos.uv.mx/index.php/univerjuridicos/index>

Xalapa, Veracruz, México



Para cerrar el análisis de la conciliación penal y otros institutos análogos que procuran la resolución de los conflictos a través de la negociación entre víctimas e imputados, veamos el modo en que estos mecanismos derraman sus efectos hacia el conjunto de la sociedad. Puntualmente, analicemos la forma en que las soluciones negociadas influyen sobre el bienestar general y la prevención del delito.

En relación a lo primero, salta a la vista que instrumentos como la conciliación penal suponen una reducción de los costos del sistema de justicia, al disminuir la carga de trabajo de los tribunales, así como el dispendio de recursos humanos y materiales de las fiscalías, los abogados defensores y el sistema penitenciario.

Sin embargo, lo más relevante desde nuestra óptica es que, en la medida en que un acuerdo supone una solución *justa* -o al menos mutuamente aceptable- para las partes y que, a su vez, mejora su situación relativa respecto a cómo se encontrarían de no haber alcanzado un trato (la víctima obtiene una reparación, el imputado evita la pena), la conciliación resulta tanto un medio para alcanzar un mayor grado de *justicia* del sistema en su conjunto como para maximizar el bienestar total de la sociedad.

Así, a diferencia de la imposición de una pena -en la que es claro que el imputado sufre una pérdida, sin que ello derive necesariamente en un beneficio para la víctima o para el conjunto de la sociedad-, o de las negociaciones entre imputado y fiscalía -en las que en ocasiones se pone al primero en una situación en la que todas las opciones lo perjudican de algún modo-, en el supuesto de la conciliación penal podemos afirmar que ambas partes mejoran su situación tras el acuerdo y nadie sufre un perjuicio por ello. En términos de Pareto, nos encontramos ante una situación socialmente eficiente o que mejora el bienestar general. Recordemos al respecto que:

Aun cuando no se defina la eficiencia como algo que sólo puede crear una transacción voluntaria [...], la disposición a pagar puede determinarse confiadamente sólo si se observa efectivamente una transacción voluntaria. Cuando los recursos se desplazan luego de tal transacción, podemos estar



razonablemente seguros de que el desplazamiento implica un aumento de la eficiencia (Posner, 2007, p. 43).

Lo antedicho muestra como los mecanismos de solución del conflicto penal centrados en la reparación del daño son económicamente eficientes y generan un incremento del bienestar total de la sociedad. Al respecto, cabe señalar que:

Este modelo de justicia penal reparatoria tendría, además, la virtud de permitir una asignación más eficiente de recursos en la sociedad, aunque partiendo de una noción de *eficiencia* algo distinta a la adoptada por el análisis económico neoclásico, puesto que no se identifica con la maximización de la riqueza de la sociedad, sino con la maximización del bienestar de las personas individualmente consideradas. La eficiencia, en estos términos, consiste en que cada quien pueda satisfacer la mayor cantidad de necesidades consideradas prioritarias de acuerdo a su propia escala de valores. Desde esta perspectiva, el sistema penal más eficiente será aquel que permita arribar a un mayor número de soluciones consensuadas, que son la única prueba palpable de la existencia de una efectiva *maximización de la riqueza* (Goldman, 2017, p. 58).

17

Ahora bien, dado que el criterio de eficiencia de Pareto exige no sólo que resulten beneficiadas las partes que intervienen en la transacción, sino que además no se produzca un perjuicio para terceros que no intervienen en el acuerdo, podría objetarse que, si institutos como la conciliación penal van en detrimento del efecto preventivo general de la pena, existiría un daño a terceros que impediría afirmar su efecto positivo sobre el bienestar general. ¿Cuál es entonces el efecto de las soluciones negociadas en relación a la disuasión del delito?

Sobre el particular cabe considerar que:

[E]l modelo económico básico de la conducta criminal estipula que un individuo tiene incentivos para cometer un delito cuando la ganancia derivada de éste es mayor que la probabilidad subjetivamente estimada de que sea sancionado, multiplicada por la cuantía esperada de la condena o, para ambos casos, su sustituto en dinero (Stordeur, 2011, p. 342).

En este esquema, la pena contribuye a la disuasión del delito (efecto preventivo general) imponiendo al potencial delincuente un costo por su accionar ilícito, por lo que la sustitución de la pena por una reparación acordada con la víctima no debería repercutir negativamente en la ecuación.



Si bien es cierto que, por definición, el costo del resarcimiento que asume el imputado en un proceso de conciliación está por debajo de la pena que se le podría haber aplicado en un juicio (puesto que, de lo contrario, difícilmente aceptaría el acuerdo), esa disminución en la magnitud de las pérdidas que afrontará el imputado es compensada por el incremento de la probabilidad de que deba asumir efectivamente ese costo, al eliminarse el componente aleatorio que lleva implícito el juicio. Al respecto, cabe coincidir con la opinión de Roxin:

Queda la cuestión relativa a si en el sentido preventivo general resulta también tolerable el que se renuncie directamente a la pena o se disminuya ésta a favor de la reparación y la compensación autor-víctima. Hoy más que ayer, se puede con gran seguridad responder al tema afirmativamente dentro de límites determinados, vale decir, bajo la exclusión de delitos graves. El efecto intimidante del Derecho Penal en la población no toca en lo esencial la ejecución de la pena privativa de la libertad, ni el cumplimiento de las penas pecuniarias, de las cuales la opinión pública apenas tiene conocimiento. El efecto intimidante se apoya más bien en la eficacia de la amenaza penal a determinadas conductas y en la realización del derecho con la condena judicial (2009, p. 78).

En definitiva, no parecieran existir razones valederas para temer que institutos como la conciliación penal repercutan negativamente sobre la prevención del delito. Siguiendo la línea del planteo de Roxin podemos señalar que, por el contrario, la mayor certeza respecto de las consecuencias que acarreará el delito para su autor puede contribuir favorablemente a la disuasión de conductas ilícitas. Ello por cuanto los incrementos en la probabilidad de la sentencia parecieran tener un efecto disuasivo mayor que el aumento de su intensidad. Ello dado que, por una cuestión de preferencias temporales, las personas tienden a sentirse más intimidadas por una sanción menor, pero más inmediata, que por una mayor pero que estiman lejana (Goldman, 2020, p. 25).

Sentado entonces el efecto positivo que la conciliación penal tiene en principio tanto sobre el bienestar general como sobre la prevención del delito (al menos en lo que refiere a la clase de delitos para los cuales está generalmente prevista), pasemos



ahora a analizar la otra modalidad de las salidas negociadas al proceso penal: los acuerdos entre el imputado y la acusación pública.

IV. El juicio abreviado

a) Justificación teórica: la descompresión del sistema de justicia.

Otra forma negociada de conclusión del proceso prevista en la mayoría de las legislaciones procesales penales latinoamericanas es la que denominamos aquí genéricamente como "juicio abreviado", aun cuando su denominación pudiera variar en cada ordenamiento. Lo prevén, entre otras legislaciones, el Código Procesal Penal Federal argentino (art. 323 y ss.), el Código Procesal Penal chileno (art. 406 y ss.), el Código Nacional de Procedimientos Penales mejicano (art. 201 y ss.) y el Código del Proceso Penal uruguayo (art. 272 y ss.).

A diferencia del instituto de la conciliación analizado precedentemente, en el juicio abreviado quienes negocian no son la víctima y el imputado, sino éste y el representante de la *vindicta* pública. Ello implica diferencias conceptuales muy significativas, en atención al rol institucional que informa la actuación de la fiscalía en el proceso y los incentivos -funcionales e individuales- que animan su intervención.

Más allá de las diferencias en el modo en que está legislado en cada ordenamiento jurídico, se trata básicamente de un acuerdo entre el imputado y la fiscalía, por el cual el primero reconoce los hechos imputados, su participación en ellos y la prueba recabada en la investigación preliminar o preparatoria, a cambio de una reducción en la pena solicitada por la acusación. Algunas legislaciones lo restringen a los supuestos de delitos de menor gravedad (vgr. Código Procesal Penal Federal argentino), mientras que otras amplían esa posibilidad hasta abarcar todos o casi todos los delitos tipificados en la legislación penal de fondo (vgr. Código Nacional de Procedimientos Penales mejicano).



Se trata, como ya se adelantó, de un instituto cuyo origen se remonta al *plea bargaining* del derecho norteamericano, inspirado en consideraciones de economía procesal orientadas a disminuir la carga de trabajo de los tribunales y las fiscalías, así como a reducir los tiempos que insume la tramitación de los procesos mediante la supresión del juicio oral. Alschuler señala, en tal sentido, que el reconocimiento del *plea bargaining* como una práctica inherente al sistema de justicia penal norteamericano efectuada por la Corte Suprema de Justicia de los EEUU en el caso "Brady vs. United States" del año 1970 se debió, fundamentalmente, a la necesidad de una respuesta ante la creciente complejidad, duración y costo de los juicios penales (1979, p. 6). Del mismo modo, ya en el ámbito latinoamericano, se ha observado que:

[L]o evidente es que los modelos de justicia penal negociada se han impuesto por razones prácticas; es decir, ante la creciente demanda a las instituciones que administran justicia penal, se opta por soluciones que implican la renuncia a la noción tradicional del proceso en favor de la celeridad (Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, 2013, p. 889).

En este sentido, el juicio abreviado parece haber tenido éxito, al menos desde un punto de vista estadístico. Así, en la Argentina, entre enero de 2018 y enero de 2020, sobre una muestra de ocho provincias, 14.608 casos se resolvieron por la vía del juicio abreviado, contra apenas 1329 en los que se resolvió favorablemente la elevación a instancia de juicio o su apertura¹. Es decir, los casos resueltos por la vía del juicio abreviado superan en una proporción de aproximadamente diez a uno a los casos que llegan a juicio.

La literatura sobre la materia registra resultados similares en casi todos los países en donde se han implementado institutos análogos: el 95% de las condenas en los EEUU derivan de acuerdos con la fiscalía, en Inglaterra y Gales el 92%, en Australia

1 Datos relevados del Portal de Datos Justicia Argentina del Ministerio de Justicia de la Nación, correspondientes a las provincias de Jujuy, Salta, Santa Fe, Mendoza, La Pampa, Buenos Aires, Rio Negro y Chubut, disponibles en <http://datos.jus.gob.ar/pages/justicia-penal>, visitada el 24/6/2020.



entre el 86% y el 97%, y en Israel entre el 80% y el 90% (Gazal-Ayal y Riza, 2009, p. 6). Un estudio en Ecuador, por su parte, muestra un 56% de condenas alcanzadas por la vía de la negociación con la acusación pública (Touma, 2017, p. 38). Podemos decir entonces que, en lo que atañe a la descongestión de los tribunales orales, el instituto cumple su objetivo.

Adicionalmente a estas razones vinculadas a la economización de recursos del sistema de justicia penal, se alega también que este tipo de negociaciones mejoran la calidad de la persecución penal, al proveer a los fiscales de elementos de juicio que les permiten seleccionar mejor los casos que merecen ser investigados y aquellos que llevarán a juicio (Garoupa y Stephen, 2006, p. 7).

Cabe preguntarse, sin embargo, si se trata de un instituto que tiene "como principales beneficiarios a los operadores judiciales, antes que al propio sometido a proceso" (Pirozzo y Buigo, 2020) o si, por el contrario, contribuye a mejorar el funcionamiento de la justicia en general, agilizando los procesos, permitiendo la concentración de recursos en los casos más relevantes y beneficiando incluso a los propios imputados al brindarles mayor certeza y la posibilidad de resolver su situación procesal en un plazo acotado.

b) Dinámica e incentivos de la negociación

Típicamente, las negociaciones entre el imputado y la fiscalía pueden tener lugar desde el momento en que se formaliza la investigación y hasta el inicio del juicio oral. El Código Procesal Penal Federal argentino, por ejemplo, pone como límite temporal para la celebración del acuerdo la fecha de fijación de la audiencia de juicio (art. 323), el Código del Proceso Penal Uruguayo lo hace en el plazo establecido para deducir acusación o solicitar sobreseimiento (art. 273.1) y el Código Procesal Penal chileno fija el límite en la audiencia de preparación del juicio oral (art. 407).



Como se dijo, el acuerdo supone el reconocimiento por parte del imputado de la existencia del hecho investigado, su participación en el mismo y los elementos de prueba que avalan tales extremos, así como la aceptación de la calificación legal del hecho y de la pena solicitada por la acusación. La fiscalía, por su parte, reduce su pretensión punitiva por debajo de la pena que hubiera correspondido en circunstancias normales, encontrándose esa disminución expresamente tasada por la norma en algunos ordenamientos (vgr. art. 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales mejicano, art. 273.2 del Código del Proceso Penal uruguayo). La pena solicitada por la acusación en virtud del acuerdo debe ser respetada por el juez, que en ningún caso puede aplicar una pena más gravosa.

Lógicamente, un presupuesto para la validez de los acuerdos entre imputado y fiscalía consiste en que ambas partes hayan prestado su consentimiento libre e informado. Ello, a su vez, implica la exigencia de que las partes se encuentren, sino en pie de igualdad, al menos en una situación de cierto equilibrio al negociar. De lo contrario, no nos encontraremos frente a una admisible renuncia del imputado a su derecho a un juicio contradictorio, sino frente a la consumación de una práctica extorsiva cuyos únicos beneficiarios son los propios fiscales y la administración de justicia, que se libran de los costos vinculados a la recolección de pruebas y la tramitación del juicio, con prescindencia de la justicia del resultado alcanzado.

Respecto de esta cuestión, los sistemas procesales latinoamericanos suelen contar con algunas salvaguardas importantes para procurar un mayor equilibrio entre las partes, lo que la diferencia de los modelos anglosajones en los que la preponderancia de la acusación es aún más marcada.

Así, a diferencia del *plea bargaining* norteamericano, el juicio o procedimiento abreviado de la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos presupone que el imputado, antes de alcanzar el acuerdo con la fiscalía, conoce o ha podido conocer todas las pruebas en su contra reunidas hasta ese momento. Por el contrario, se ha señalado que, en el derecho norteamericano, los imputados



tienen escasas posibilidades de acceder, con carácter previo a la celebración del acuerdo, a la prueba en poder de la acusación y lo que obtienen, por lo general, es poco más que los informes policiales describiendo los hechos de los que se los acusa (Covey, 2009, p. 88). Como es evidente, la cantidad y calidad de la información disponible para el imputado respecto de los hechos materia de acusación y las pruebas que los respaldan resulta determinante para decidir si se acepta o no un trato con la fiscalía y en qué términos.

Del mismo modo, nuestros ordenamientos procesales suelen exigir que el acuerdo sea homologado por el juez, dando en consecuencia oportunidad para que se controlen eventuales vicios en la voluntad de las partes, la razonabilidad de lo pactado y la existencia de pruebas que acrediten la existencia del hecho investigado y la participación del imputado (vgr. art. 324 del Código Procesal Penal Federal argentino, art. 205 del Código Nacional de Procedimientos Penales Mexicano, arts. 409 y 410 del Código Procesal Penal chileno, art. 468.6 del Código Procesal Penal peruano).

La existencia de estas garantías y mecanismos de control no impide, desde luego, que las prácticas judiciales puedan desvirtuarlas. Por ello, resulta importante analizar los incentivos que el mecanismo del juicio abreviado genera para las partes intervinientes, lo que permitirá evaluar sus posibles efectos concretos, determinar si estos coinciden con los fines tenidos en mira al introducirse el instituto y su compatibilidad con las garantías elementales que imperan en todo proceso penal.

Comencemos el análisis desde el punto de vista de la acusación. ¿Cuáles son los fines que guían la actuación de la fiscalía en la negociación?

Si suponemos que la acusación pública actúa como un agente perfecto de la sociedad, su propósito en el proceso no debería ser otro que la aplicación justa de la ley. Sus opciones básicas deberían ser entonces instar la acción penal hasta sus últimas consecuencias en busca de la pena que considera justa -si el plexo



probatorio permite sustentar la acusación-, o bien desistir de la acción cuando considera que no existen elementos para llevar al imputado a juicio con alguna probabilidad de éxito. La única razón por la cual, dentro de esta lógica, resultaría aceptable introducirse en negociaciones con el imputado, sería para ahorrar recursos humanos y materiales que puedan ser destinados a casos de mayor relevancia. Tales negociaciones, además, sólo tendrían lugar cuando la fiscalía se encuentre convencida de la culpabilidad del imputado.

La decisión de propiciar la negociación en el caso concreto no responde, sin embargo, sólo a los intereses institucionales de la fiscalía, sino a los costos e incentivos particulares de cada fiscal individualmente considerado. Aquí entran a tallar cuestiones tales como el cumplimiento de las instrucciones impartidas por sus superiores jerárquicos, las reglas formales e informales que determinan el progreso en su carrera profesional, los recursos disponibles para desarrollar su tarea, la carga de trabajo, sus convicciones personales y, desde luego, la fortaleza o debilidad de la prueba recabada durante la investigación preparatoria. Al respecto, analizando los incentivos que motivan la actuación de los fiscales frente al instituto norteamericano del *plea bargaining* se ha señalado que:

[L]a realidad difiere del estereotipo idealista de los fiscales como agentes que son "representantes perfectamente desinteresados, perfectamente fieles del interés público" [...] cuyo único objetivo es maximizar el bienestar social [...] Más bien, los fiscales buscan maximizar su utilidad; la tarea es determinar más concretamente qué abarca esa utilidad [...] El interés propio de los fiscales varía. Los fiscales pueden perseguir el salario [...] y otros avances en la carrera [...] además de las recompensas directas basadas en las tasas de condena, que pueden proporcionar un método cuantificable de la "efectividad" de la fiscalía [...], los fiscales "exitosos" pueden esperar avances profesionales, como promociones, convertirse en jueces federales o en socios de un gran bufete privado. Por ejemplo, Boylan y Long (2005) descubrieron que en los distritos en que los salarios de los abogados privados son altos, los fiscales federales adjuntos son más propensos a llevar los casos a juicio que los fiscales de otros distritos; este resultado pareciera deberse al incentivo de los fiscales para acumular experiencia en juicios de modo de aumentar la posibilidad de unirse a grandes firmas de abogados [...] Glaeser *et. al.* muestran que para desarrollar experiencia en juicios y mostrar sus habilidades a posibles empleadores, los fiscales podrían llevar a juicio casos que de otro modo serían desestimados (Shamir y Shamir, 2012, pp. 586-587).



Más allá de las diferencias existentes entre la realidad norteamericana y la latinoamericana, lo importante aquí es destacar el rol que juegan los intereses individuales de los fiscales en sus decisiones procesales. Desde ya, señalar que el acusador público no es un agente perfecto del interés de la sociedad no implica tampoco afirmar que su actuación esté necesaria o mayormente guiada por intereses ilegítimos o espurios. Simplemente, constituye un llamado de atención respecto de lo poco realista que resulta analizar las instituciones legales suponiendo que los funcionarios públicos actúan únicamente de acuerdo al interés social materializado en las normas que definen sus competencias.

En este orden de ideas, es claro que los fiscales tienen enormes incentivos para preferir un acuerdo con el imputado antes que llevar el caso a la instancia de juicio oral. Aun teniendo elementos suficientes para prever un resultado favorable en un juicio, el dispendio de tiempo y recursos que implica la preparación e intervención en las audiencias orales del plenario hace conveniente un acuerdo que ponga fin rápidamente al proceso. Por otra parte, estadísticamente no existe diferencia entre la condena alcanzada en juicio y aquella obtenida a través de una negociación.

No cabe ignorar, sin embargo, que existe cierto contexto cultural dentro del cual los fiscales se pueden ver a sí mismos como una suerte de guerreros en una batalla entre el bien y el mal, en la que su orgullo se juega también en el modo en el que alcanzan las condenas (Burke, 2007, pp. 187-188). Pero, incluso dentro de esa lógica, el juicio abreviado constituye una herramienta para reservar recursos para aquellos casos que, por su relevancia institucional o alta exposición pública, ameritan ser llevados a juicio, ya sea para satisfacer el afán de justicia del fiscal o para darle una ocasión de lucimiento que ayude en su progreso profesional.

Sin embargo, el juicio abreviado no sólo permite hacer justicia de un modo más eficiente, sino que también genera incentivos para que los fiscales intenten forzar una negociación con el imputado aún en aquellos casos en que el pronóstico para



el juicio no resulta favorable, ya sea por la inocencia del imputado o por falta de pruebas suficientes. Siempre que la hipótesis acusatoria tenga un mínimo de verosimilitud, habrá incentivos para que los fiscales intenten llegar mediante la negociación a una condena que no hubieran podido obtener en juicio.

Consideremos que toda la inversión de recursos que implica la sustanciación de la investigación preparatoria representa para la fiscalía un costo hundido que ya no puede recuperarse, y representará un dispendio en vano de solicitarse el sobreseimiento del imputado. Alcanzar un acuerdo con el imputado, aunque modesto, implicaría un modo de justificar esa utilización de recursos que, de otro modo, debería considerarse una pérdida tanto a nivel institucional como personal de los funcionarios actuantes -que habrán dilapidado inútilmente su tiempo y capacidad laboral-. Finalmente, si la negociación fracasa y el imputado es absuelto en el juicio, ello implicará una pérdida adicional de tiempo y esfuerzo para el fiscal, pero en última instancia su remuneración no se verá afectada ni deberá cargar personalmente con las costas o compensar económicamente al imputado por el perjuicio que hubiera podido ocasionarle el ser sometido innecesariamente al proceso.

Como se ve, *a priori* el poder de negociación del fiscal resulta muy superior al del imputado y, muchas veces, depende más de la capacidad de imponerle a aquel, costos significativos durante la investigación preparatoria que, de la posibilidad de obtener una sentencia condenatoria en un hipotético juicio, tal como lo ilustra el siguiente razonamiento:

Consideremos a un acusado que no pagó la fianza y es mantenido bajo arresto. Este acusado está incurriendo en costos significativos. Además, imponer tales costos al acusado es gratuito (o casi) para el fiscal. En consecuencia, incluso cuando sepa que un juicio no es factible para el fiscal, un acusado que no pueda pagar la fianza aceptará un acuerdo de culpabilidad con una pena que no exceda el tiempo que espera permanecer en prisión antes del juicio. Es la amenaza de imponer un significativo costo por adelantado al acusado lo que es creíble, no la amenaza de impulsar el caso hasta el juicio. En consecuencia, la sentencia acordada en estos casos no reflejará la pena esperada en el juicio sino más bien



los costos previos al juicio que sea esperable que el fiscal pueda imponer al acusado (Bar-Gill y Ben-Shahar, 2007, p. 10).

Analicemos ahora los incentivos que el instituto del juicio abreviado genera para el imputado. Para comenzar, a diferencia de lo que sucede con el fiscal, el imputado no puede "socializar" los costos de una negociación fallida: los errores de apreciación al momento de la toma de decisiones repercutirán íntegramente en sus derechos y patrimonio. Mientras que el fiscal puede equivocarse sin que ello afecte mayormente su empleo y remuneraciones, el error del imputado al evaluar sus chances en el juicio puede poner en riesgo su libertad o representarle una pérdida económica significativa. Esta asimetría en los costos esperados del juicio afecta indudablemente la postura con la cual cada una de las partes afrontará la negociación: la fiscalía tiene mayor margen de maniobra para asumir riesgos, en tanto que las decisiones del imputado estarán condicionadas por sus mayores costos y aversión al riesgo. Así, se ha afirmado que este tipo de negociaciones se encuentran inclinadas en contra de los imputados por una variedad de factores, entre los que se encuentran la falta de información suficiente, la existencia de sesgos psicológicos irracionales y una extrema aversión al riesgo (Bar-Gill y Ben-Shahar, 2007, p. 5).

Siguiendo con el razonamiento, excepto cuando la probabilidad de ser condenado en juicio a una pena de prisión efectiva es prácticamente despreciable, la negociación de una pena reducida es una opción racional incluso para el imputado inocente. En tal sentido, acordar una pena de ejecución condicional resultaría en principio conveniente como medio de eliminar la incertidumbre derivada de la realización del juicio para cualquier imputado que tenga aversión al riesgo y deba afrontar una acusación medianamente fundada, independientemente de su inocencia o culpabilidad. Se ha afirmado al respecto que:

Si los juicios distinguieran perfectamente a los acusados culpables de los inocentes, ningún acusado inocente se declararía culpable (al menos mientras los costos procesales del juicio no excedan los costos de la condena) porque



cada acusado inocente iría a juicio y sería absuelto. Es precisamente porque los juicios son defectuosos, y las personas inocentes son algunas veces condenadas, que los acusados inocentes podrían racionalmente percibir que declararse culpables es la opción que maximiza su utilidad (Covey, 2009, p. 81).

El sesgo del instituto del juicio abreviado en contra del imputado empeora, desde luego, cuando éste ha sido sometido, o se encuentra sometido aún, a medidas de coerción procesal como la prisión preventiva. En estos casos, resulta racionalmente conveniente cualquier acuerdo en el que el imputado acepte una pena que equivalga al tiempo transcurrido en prisión preventiva o permita su inmediata puesta en libertad de encontrarse aún privado de la misma. De hecho, en tales condiciones, el imputado inocente no podría obtener beneficio alguno del juicio aun resultando absuelto -más allá de la reivindicación moral-, a menos que el ordenamiento jurídico contemple un sistema de indemnización amplio a favor de quienes han padecido prisiones preventivas injustas, lo cual no suele ser la regla en Latinoamérica. Más aún, incluso cuando la acusación fuera manifiestamente improcedente, comparecer a juicio implicaría para el imputado privado de la libertad una probable prolongación de la estadía en prisión, y para el imputado que se encuentra en libertad sólo implicaría incrementar los gastos vinculados a su defensa, excepto que sea asistido por la defensa pública. En este último caso, de cualquier modo, es probable que el defensor recomiende al imputado aceptar un acuerdo con la fiscalía, aun cuando no sea la mejor opción disponible, para resolver rápidamente el caso y eliminarlo de su cartera (Gazal-Ayal y Riza, 2009, p. 21), comportamiento que suele estar en línea con las preocupaciones presupuestarias de los organismos a los que se encomienda la defensa pública.

En resumidas cuentas, para el imputado inocente los incentivos resultan perversos, puesto que tienden a inducirlo a renunciar a la posibilidad de defenderse en el juicio a cambio de minimizar sus costos y eliminar la incertidumbre derivada de la posibilidad de ser víctima de una condena injusta. Paradójicamente, quienes si pueden obtener un beneficio del juicio abreviado son los imputados que no sólo son



culpables, sino que además son conscientes de que las pruebas que podrían presentarse en juicio alcanzarían para fundar una condena. Para ellos, cualquier reducción que puedan obtener en la negociación respecto de la pena esperada en el juicio representa una ganancia.

En definitiva, si bien es evidente que el juicio abreviado puede generar incentivos para que las fiscalías insistan en acusaciones insustanciales y los imputados inocentes acepten reconocer su culpabilidad para librarse rápidamente de la persecución penal, no menos cierto es que se trata de un mecanismo que permite a las partes ahorrar costos y eliminar incertidumbre. ¿Alcanza esta mayor economía de recursos para hacer un balance favorable del instituto en términos de bienestar general? A ello nos referiremos a continuación.

c) Efectos del juicio abreviado en el bienestar general.

Son varios los aspectos que cabe ponderar para analizar los efectos del instituto del juicio abreviado sobre el bienestar general.

El primero y más obvio es el ahorro de recursos para el sistema de justicia que se da al acortar los procesos y evitar los juicios plenarios. En tal sentido, parece innegable que el juicio abreviado economiza tiempo y recursos humanos y materiales que pueden ser destinados al juzgamiento de otros casos, aumentando la eficiencia del sistema penal, o bien contribuir al ahorro presupuestario. De tal modo, el juicio abreviado minimizaría los costos en que la sociedad debe incurrir como consecuencia del delito y, por ende, contribuye al bienestar general.

Sin embargo, cabe preguntarse si ese aparente ahorro en los recursos destinados a la tramitación de juicios no queda de algún modo relativizado por un incremento proporcional en las tareas vinculadas a la etapa de la investigación preparatoria, relacionadas con el tratamiento de casos que de otro modo terminarían rápidamente en un archivo o sobreseimiento.



Para decirlo claramente, la posibilidad de arribar a una condena acordada pese a la inexistencia de pruebas suficientes, puede constituir un incentivo para continuar con procesos que de otro modo serían descartados. Nuevamente tomando como referencia el caso del *plea bargaining* norteamericano, se ha observado que:

Con el *plea bargaining*, los fiscales saben que pueden llegar a un acuerdo en prácticamente todos los casos, incluso en los casos débiles. Todo lo que necesitan hacer es ajustar los cargos presentados y la pena a la probabilidad de condena en juicio y al resultado esperado de los recursos contra la sentencia. Por lo tanto, tienen mucho menos interés en descartar los casos débiles. Sin embargo, algunos casos son débiles porque el acusado es inocente. La disponibilidad del *plea bargaining* permite a los fiscales continuar con estos casos, y por lo tanto incrementar el riesgo de condenas injustas (Gazal-Ayal y Riza, 2009, p. 17).

Si analizamos los procesos penales en su conjunto, en lugar de enfocarnos únicamente en la etapa de juicio, tendremos elementos para, al menos, relativizar la idea de que los procedimientos abreviados conducen necesariamente a aliviar la carga de trabajo de tribunales y fiscalías.

En segundo lugar, al margen del ahorro de recursos para el sistema de justicia penal, el juicio abreviado permite indudablemente mejorar las tasas de condenas - precisamente porque brinda los elementos para que la fiscalía logre la imposición de una pena en casos que, de otro modo, terminarían en un archivo, sobreseimiento o absolución- y acelerar los plazos para la conclusión de los procesos. Alcanzar más y más rápidas condenas significa incrementar el costo esperado del delito - recordemos que uno de sus componentes es, precisamente, la probabilidad del castigo- y por lo tanto mejorar el efecto preventivo general de la pena. La mejora en la capacidad disuasiva de la pena constituye, sin dudas, otro argumento poderoso en favor del instituto del juicio abreviado.

La mayor eficiencia del sistema en términos de *ratio* de condenas tiene como contracara el incremento en la posibilidad de condenas injustas. Hemos visto, al respecto, que el instituto del juicio abreviado genera incentivos para que, en ciertas



circunstancias, imputados inocentes se declaren culpables. Este aumento del riesgo de condenas injustas tiene un efecto negativo sobre el bienestar general que debe ser ponderado. Así, cabe señalar que el temor a padecer una condena injusta implica una disminución directa del bienestar de los individuos que puede ser cuantificada. Además, puede llevar a una disminución de los niveles de producción de actividades lícitas, pero potencialmente riesgosas. Por ejemplo, si quienes se desempeñan en la industria farmacéutica saben que pueden verse involucrados en procesos penales derivados de los daños derivados de la introducción de nuevos productos y que, una vez imputados, los fiscales pueden presionarlos para aceptar una condena aun cuando no existan pruebas suficientes de una conducta dolosa o negligente, es probable que disminuya la inversión en el desarrollo de nuevos medicamentos o bien que las empresas deban adoptar costosos procedimientos de protección legal que se termine reflejando en el precio de sus productos. Lo mismo podría acontecer, desde ya, en cualquier otra actividad potencialmente riesgosa, y afectar así la generación de riqueza.

Las condenas injustas, que en algún punto el instituto del juicio abreviado facilita, representan entonces no sólo un problema ético, sino también un problema con contenido económico, que va en detrimento del bienestar general.

Resumiendo lo expuesto, los efectos del juicio abreviado sobre el bienestar general son mixtos: aporta algunas ventajas evidentes -economía de recursos, celeridad de los procesos, mayor eficacia disuasiva de la pena- pero también algunas amenazas que no pueden ser soslayadas -sobrecarga de casos insustanciales, riesgo de condenas injustas-. Probablemente, las desventajas del instituto no resulten de entidad suficiente como para llevar a su rechazo. Sin embargo, obligan a extremar las garantías y salvaguardas tendientes a evitar la sustanciación de procesos que no posean un suficiente respaldo probatorio, así como el abuso por parte de los fiscales de su situación de preeminencia respecto del imputado. En este sentido, resulta importante no sólo asegurar el acceso del imputado a las pruebas en su



contra, brindarle todos los elementos necesarios para que pueda ejercer adecuadamente su defensa y velar por un control judicial efectivo de los acuerdos, sino también evitar el abuso de medidas de coerción procesal como la prisión preventiva. Respecto de esto último, también resultaría necesario repensar los criterios exigidos para indemnizar a quienes han padecido prisiones preventivas injustas, hoy demasiado restrictivos. Inclusive, se podría establecer la responsabilidad personal de los fiscales y jueces que hubieran solicitado o dispuesto esas medidas, de modo que el costo del error o el abuso judicial no recaiga exclusivamente sobre el imputado. Ello permitiría arribar a las instancias de negociación en una situación más equilibrada para todas las partes intervinientes.

V. Conclusiones

La conciliación penal y el juicio abreviado son institutos en apariencia similares pero que guardan profundas diferencias y obedecen a paradigmas prácticamente opuestos. La conciliación responde a una lógica que busca la resolución del conflicto, la reparación de los daños causados por el delito y la internalización por parte del imputado del carácter ilícito de sus conductas. En definitiva, parte de una concepción en la que se busca circunscribir el conflicto a los individuos directamente involucrados en él y evitar, en lo posible, la reacción estatal mediante la imposición de una pena. El juicio abreviado, por el contrario, constituye una respuesta pragmática a un Derecho Penal hipertrofiado, que busca dar solución a una cantidad de problemáticas muy superior a la que es materialmente capaz de procesar y, por ende, sólo puede evitar la deslegitimación y el colapso renunciando a la aspiración de determinar la verdad material de cada caso. Paralelamente, implica socavar la exigencia de legalidad del Derecho Penal, en virtud de la cual las conductas sujetas a pena sólo pueden ser tipificadas por el legislador a través de un proceso de deliberación democrática, al permitir que la criminalización en



concreto sea decidida casi discrecionalmente por los fiscales. El juicio abreviado y la conciliación penal representan, entonces, dos impulsos contrapuestos en el pensamiento penal actual: la pulsión expansiva alimentada por el populismo penal y el neopunitivismo, que todo busca resolver por medio de la pena, en contraposición a la búsqueda de un Derecho Penal minimalista, inspirado en consideraciones humanistas y en cierta desconfianza frente al poder estatal que se remonta a los principios clásicos del liberalismo.

De todos modos, consideramos que las instituciones jurídicas deben ser valoradas no sólo en función de criterios axiológicos, sino también de conformidad con sus resultados concretos en la vida de las personas y el bienestar de las sociedades. De allí la importancia de analizar los incentivos que generan las normas, el modo en que afectan la generación de riqueza, la distribución de recursos y la eficiencia en su empleo.

En tal sentido, la conciliación penal parece ser un instituto que contribuye al bienestar general mejorando la posición de todas las partes, que promueve la prevención especial positiva del delito y que no afecta su prevención general. Sin embargo, por sus características, pareciera estar reservado a delitos menores, que no afectan mayormente al interés público. Parece, por el contrario, una herramienta inadecuada para abordar delitos graves o vinculados al crimen organizado, donde priman necesidades de prevención especial negativa.

El juicio abreviado, por su parte, constituye un instrumento que permite agilizar los procesos y ahorrar recursos al sistema penal, mejorando en consecuencia la eficacia de la pena como medio de disuasión del delito. Como contracara, es un instituto que incentiva el ejercicio de la acción penal frente a casos insustanciales y, en ciertos casos, puede constituir un mecanismo de coerción para que los imputados renuncien al ejercicio pleno de su defensa e incluso acuerden la imposición de una pena siendo inocentes. Así, pese a ser un instituto habitualmente identificado con los sistemas procesales de tipo acusatorio, en ocasiones se



transforma en una herramienta al servicio de prácticas profundamente inquisitivas, en las que los fiscales asumen la función de investigar el delito e imponer la correspondiente pena. Ello obliga a rodear al juicio abreviado de salvaguardas legales suficientes que eviten el avasallamiento de los derechos del imputado, que van desde la posibilidad de conocer efectivamente las pruebas en poder de la acusación al control judicial adecuado de los acuerdos. Por otra parte, un genuino respeto por el principio de igualdad de armas en la negociación obliga a rever los criterios que rigen la aplicación de la prisión preventiva, la indemnización de los perjuicios causados por la privación de la libertad injusta o innecesaria, y la responsabilidad patrimonial y disciplinaria de jueces y fiscales.

Finalmente, no podemos dejar de observar que, siendo que ni el expansionismo penal puede llevarse a sus últimas consecuencias -puesto que implicaría un grado de autoritarismo y restricción a la libertad insoportables- ni el Derecho Penal puede ser realmente abolido -desde que ciertos delitos gravísimos no pueden ser abordados con respuestas no punitivas-, ambos institutos pueden resultar complementarios en el marco de un Derecho Penal racional, orientado a la maximización del bienestar social. Así, mecanismos como la conciliación pueden servir para acotar los desbordes punitivos permitiendo que conflictos interpersonales de menor gravedad sean resueltos directamente por los individuos involucrados, mientras que las negociaciones entre las fiscalías y los imputados resultan sin dudas útiles para evitar dispendios jurisdiccionales innecesarios en aquellos casos en que existe una acusación sólida, frente a la cual el juicio sólo redundaría en un incremento de los costos que deberían afrontar el erario público y el propio acusado.

VI. Fuentes de Consulta

Alliaud, Alejandra (2009). "Los métodos alternativos de resolución de conflictos penales en el Derecho comparado". En Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco

UNIVERSIDAD VERACRUZANA.

Instituto de Investigaciones Jurídicas

<http://universosjuridicos.uv.mx/index.php/univerjuridicos/index>

Xalapa, Veracruz, México



(comps.), *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, pp. 1-25. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Alschuler, Albert (1979). "Plea bargaining and its history". En *Columbia Law Review*, vol. 79, N° 1, pp. 1-43. Nueva York: Columbia Law School.

Bar-Gill, Oren y Ben-Shahar, Omri (2007). "The Prisoner's (Plea Bargain) Dilemma". En *Law & Economics Working Papers Archive: 2003-2009*. Ann Arbor: University of Michigan. Disponible en http://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art71.

Bernal Cuéllar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo (2013). *El Proceso Penal. Tomo II: Estructura y garantías procesales*, 6ª edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bovino, Alberto (2009). *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Burke, Alafair (2007). "Prosecutorial Passion, Cognitive Bias, and Plea Bargaining". En *Marquette Law Review*, N° 91, pp. 183-211. Milwaukee: Marquette University.

Covey, Russell (2009). "Signaling and Plea Bargaining's Innocence Problem". En *Washington and Lee Law Review*, vol. 66, N° 1, pp. 73 - 130. Lexington: Washington and Lee University.

Garoupa, Nuno y Stephen, Frank (2006). "Law and Economics of Plea-Bargaining". Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917922

Gazal-Ayal, Oren y Riza, Limor (2009). "Analysis of Plea-bargaining and prosecution". En Nuno Garoupa (ed.), *Criminal Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1291648>

Goldman, Diego (2017). "Análisis económico del derecho penal y derecho penal liberal: confluencias y bifurcaciones". En *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 38, N° 104, pp. 13-74. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Goldman, Diego (2020). "Delitos económicos: en busca de la sanción eficiente". En *Yachaq*, N° 11, pp. 19-38. Cusco: Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco.

Langer, Máximo (2001). "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas



- reflexiones a partir del procedimiento abreviado". En Julio Maier y Alberto Bovino (comps.), *El procedimiento abreviado*, pp. 97-133. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Molina, Magdalena (2019). "La exclusión de la punibilidad por conciliación o reparación integral. ¿El camino hacia la privatización del derecho penal?". En *Revista Jurídica La Ley*, t. 2019-F, p. 1096. Buenos Aires: La Ley.
- Pirozzo, Jorge y Buigo, Alejandro (2020). "Procedimiento abreviado, principio acusatorio y defensa en juicio. Algo más sobre los límites impuestos al órgano jurisdiccional por el acuerdo de juicio abreviado y la ausencia de contradictorio". En *La Ley Online*, AR/DOC/357/2020. Buenos Aires: La Ley.
- Posner, Richard (2007). *El análisis económico del derecho*, 2ª edición. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rojas, Ricardo Manuel (2000). *Las contradicciones del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Roxin, Claus (2009). *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.
- Shamir, Julia y Shamir, Noam (2012). "The Role of Prosecutor's Incentives in Creating Congestion in Criminal Courts". En *Review of Law & Economics*, vol. 8, Nº 3, pp. 579 - 618. Berlin: De Gruyter. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2166540>.
- Stordeur (h.), Eduardo (2011). *Análisis Económico del Derecho. Una introducción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Touma, Jorge (2017). *El procedimiento abreviado. Entre la eficacia judicial y el derecho a la no autoinculpación*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.