

LA SOLUCIÓN CONSENSUAL DE LOS CASOS PENALES: EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL BRASILEÑO

*Consensual resolution of criminal cases: the brazilian
criminal non-prosecution agreement*

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Sumario: 1. Introducción; 2. El principio de la legalidad procesal penal: la superación de un obstáculo al consenso en el proceso penal continental; 3. Los matices del proceso penal consensual; 3.1. Las ordenes penales (strafbefehlsverfahren); 3.2. La conciliación entre víctima y ofensor; 3.3. La dispensa del procedimiento penal mediante el adimplemento de condiciones (diversion); 3.4. El regateo sobre la acusación (charge bargains); 3.5. El regateo sobre la sentencia (sentence bargains); 3.6. Los acuerdos de cooperación; 4. Los requisitos objetivos y subjetivos para el acuerdo de no persecución penal brasileño; 4.1. Delito con pena mínima inferior a cuatro años (CPP, art. 28-A); 4.2. No se admite el acuerdo de no persecución penal para los delitos cometidos con violencia o grave amenaza (CPP, art. 28-A); 4.3. El acuerdo de no persecución penal debe atender a lo necesario y suficiente para la reprobación y prevención del delito (CPP, art. 28-A); 4.4. No se admite el acuerdo de no persecución penal para los delitos para los cuales sea admitida la transacción penal (CPP, art. 28-A, § 2º, I); 4.5. No se admite el acuerdo de no persecución penal para los delitos cometidos en el ámbito de violencia doméstica o familiar, o cometidos contra mujer por razones de la condición de sexo femenino, en favor del agresor (CPP, art. 28-A, § 2º, IV); 4.6. Cuando no es el caso de sobreseimiento de la investigación (CPP, art. 28-A); 4.7. No se admite el acuerdo de no persecución penal para los reincidentes o cuando existieren elementos probatorios que indiquen conducta criminal habitual, reiterada o profesional, excepto en caso de infracciones penales pretéritas insignificantes (CPP, art. 28-A, § 2º, II); 4.8. No se admite el acuerdo de no persecución penal cuando el agente ya tenga celebrado acuerdo de no persecución penal, transacción penal o suspensión condicional de proceso en los últimos cinco años (CPP, art. 28-A, § 2º, III); 4.9. Para celebrar el acuerdo de no persecución penal el agente debe confesar circunstanciadamente la práctica del delito (CPP, art. 28-A, § 2º, III); 5. Las condiciones establecidas en el acuerdo de no persecución penal; 5.1. Reparar el daño o restituir la cosa a la víctima, a menos que no tenga condiciones de hacerlo (CPP, art. 28, I); 5.2. La renuncia voluntaria a bienes o derecho apuntados pelo Ministerio Público como instrumentos, producto o provecho del delito (CPP, art. 28-A, II); 5.3. Prestación de servicios a la comunidad o a entidades públicas, por período correspondiente a la pena mínima caminada al delito, disminuida de un a dos tercios (CPP, art. 28-A, III); 5.4. El pago de prestación pecuniaria, a entidad pública o de interese social (CPP, art. 28-A, IV); 5.5. Cumplir otra condición estipulada por el ministerio público, desde que proporcional y compatible con la infracción penal aparentemente practicada (CPP, art. 28-A, V); 6. La homologación judicial del acuerdo y las consecuencias de su (in)cumplimiento; 7. Consideraciones finales; 8. Referencias bibliográficas.

¹Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide. Master en Criminología y Ciencias Forenses por la misma Universidad. Fue investigador visitante en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Es Profesor del Master de la Universidad Estatal de Ponta Grossa y Profesor del Programa de Doctorado en Ciencias Penales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Carlos de Guatemala. Es Fiscal del Ministerio Público del Estado de Paraná (Brasil).

Resumen: El presente tiene por objetivo hacer, inicialmente, una exposición panorámica sobre las posibilidades de configuración del consenso en el procedimiento penal, para posteriormente, centrar el foco en el instituto consensual brasileño, denominado de acuerdo de no persecución penal, examinando los requisitos objetivos y subjetivos establecidos por el artículo 28-A del Código de Proceso Penal, estudiando, también, las condiciones que se puede establecer en ese acuerdo, la necesidad de su homologación judicial, así como las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento.

Palabras clave: Princípio da legalidade processual penal. Princípio da Oportunidade. Processo Penal Consensual. *Plea Bargain*. Acordo de Não Persecução Penal.

Abstract: The purpose of this article is, initially, to make a panoramic exposition on the possibilities of the use of consensual solutions in criminal proceedings, to, later, focus on the Brazilian consensual institute, called the criminal non-prosecution agreement, examining the objective and subjective requirements, established by article 28-A of the Code of Criminal Procedure, also studying the conditions that can be established in that agreement, the need for its judicial approval, as well as the consequences of its fulfillment or breach.

Keywords: Legality principle in criminal procedural legality. Opportunity Principle. Consensual Criminal Procedure. *Plea Bargain*. Criminal Non-Prosecution Agreement.

1. INTRODUCCIÓN

Existe prácticamente un consenso en el sentido de que, en las sociedades posmodernas, el Sistema de Justicia Penal no tiene condiciones estructurales de realizar, de forma adecuada y expedita, la persecución penal de todos los delitos alcanzados por las agencias estatales de cumplimiento de la ley².

Esa conclusión pesimista provoca la necesidad de realizarse un debate serio sobre cómo solucionar esa dificultad, una vez que un país cuyo aparato de persecución penal no tiene fuerzas suficientes para resolver sus casos penales, en tiempo y modo adecuados, produce una serie de problemas sociales importantes, como por ejemplo: (i) el debilitamiento de la función preventiva del derecho penal; (ii) la sumisión de los acusados a procesos penales de larga duración, con todos los efectos colaterales que eso genera (como la pena de banquillo); (iii) una disminución de la calidad de la prestación jurisdiccional, con la tendencia de una delegación informal de tareas y de un examen superficial y apresurado de los casos penales; (iv) el descredito de la Justicia y la creación de movimientos paralelos a la legalidad, sea por medio de soluciones informales a los problemas penales, sea – lo que es aún más grave – por medio de soluciones delictivas, como movimientos de “justicia” privada, la creación de milicias y otras formas ilícitas de respuesta a las prácticas delictivas.

La principal solución para esos problemas de sobrecarga de trabajo en la Justicia Criminal – que no son propiamente nuevos – tiene sido encontrada en la adopción de medios consensuales en la realización de la persecución penal, como alternativa a la vía única del proceso penal completo (*full trial*) para todos los casos.

²En ese sentido, Schünemann advierte: “*El ideal del siglo XIX, de llevar a cabo en cada caso concreto un juicio oral completo reconociendo los principios de publicidad, oralidad e inmediación, es sólo realizable en una sociedad sumamente integrada, burguesa, en la que el comportamiento desviado cumple cuantitativamente sólo un papel secundario*”. In: SCHÜNEMANN, B. “Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global”, in *Obras*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 423.

Algunos autores han denominado ese movimiento – con algún exagero y equívoco – de marcha triunfal del proceso penal norteamericano sobre el mundo³. Además, algunos autores llegan a cuestionar si el modelo estadounidense de *plea bargain* no sería una especie de caballo de Troya en el sistema procesal penal continental⁴.

Sin embargo, la implementación de ese verdadero giro consensual que viene se desarrollando el mundo del *civil law*, hace ya algunas décadas, no es necesariamente un producto de la influencia directa del sistema norteamericano. La tesis más plausible apunta mucho más en el sentido de que esos cambios derivan de preocupaciones sobre problemas prácticos, cuya respuesta tiene reverberado tanto en la actuación de los funcionarios que actúan en el sistema penal, cuanto en los cambios legislativos. Por la propia configuración de esos modelos continentales consensuales, parece que no hay propiamente una imitación del *plea bargain* del Estados Unidos⁵, pero sí una corriente que tiene personalidad propia y adaptada a nuestro sistema.

La propuesta de este artículo es presentar un panorama sobre el mosaico de posibilidades que buscan tornar efectivo el procedimiento penal por medio de una solución consensual y, después, exponer los rasgos principales de una manifestación concreta de ese movimiento en Brasil, que es el instituto del acuerdo de no persecución penal, establecido en 2020, en el artículo 28-A de su Código de Proceso Penal.

Antes, sin embargo, es importante hablar un poco sobre el principio de la legalidad procesal penal o de una de sus manifestaciones más importantes, el principio de la obligatoriedad de la acción penal.

2. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD PROCESAL PENAL: LA SUPERACIÓN DE UN OBSTÁCULO AL CONSENSO EN EL PROCESO PENAL CONTINENTAL

El gran obstáculo para la implementación de soluciones consensuales en el derecho procesal penal de matriz continental siempre fue el principio de la legalidad procesal penal.

Ese principio tuvo su origen fundamental en los idearios de la ilustración, donde existía una gran desconfianza sobre el Poder Judicial^{6 7}, de modo que el principio de la legalidad funcionaba como un límite del poder del pueblo (Poder Legislativo) a un poder históricamente vinculado al absolutismo (Poder Judicial). Esa desconfianza es expresada en la clásica tesis de Montesquieu, de que los jueces son apenas “la boca que pronuncia las palabras de la ley”⁸.

El principio de la legalidad procesal penal es una manifestación concreta de esa preocupación, propugnando básicamente que el Estado (Ministerio Público) tiene

³SCHÜNEMANN, B. “Crítica al modelo norteamericano de proceso penal”, in: *Obras*, vol. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 427.

⁴LANGER, M. “From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargain and the Americanization thesis”, in: *criminal procedures, in World Plea Bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Carolina Academic Press, Durham, 2010, pp. 46-50.

⁵Así también: LANGER, M. *From legal transplants to legal translations (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 5 y ss.

⁶Como sostiene Bovino: “*El poder jurisdiccional era sólo el largo brazo del monarca que la revolución ciudadana de 1789 pretendió amputar*”. In: BOVINO, A. *Problemas del Derecho Procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 72.

⁷Armenta Deu también explica que: “*A partir de la Revolución Francesa es firme la convicción de que la Ley expresa la voluntad general y que el sometimiento a ella de los poderes ejecutivo y judicial era el necesario instrumento para evitar las arbitrariedades del Antiguo Régimen*”. In: ARMENTA DEU, T. *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 132.

⁸ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 175.

el deber de realizar la persecución penal plena en todos los casos, independientemente de criterios de oportunidad y conveniencia (principio de la oportunidad).

Su origen fundamental puede ser encontrada en Kant⁹, que, en su obra *Rechtslehre*, de 1797/1798, además de otros argumentos, expone un importante silogismo lógico, que conlleva la idea de que siempre que ocurre un delito, es imperativa la aplicación de la pena. En ese sentido, la premisa mayor de Kant era: "El homicidio debe ser punido"; la premisa menor, "A es un homicida" y la conclusión es que: "A debe ser punido". Ahí se encuentra la razón fundante del principio de la legalidad procesal penal¹⁰, en que la pena es vista como un imperativo categórico, en una visión muy propia de una concepción absoluta de la pena, cuyo principal nombre – junto a Hegel – es precisamente Kant.

Además, Feuerbach también puede ser considerado uno de los padres del principio de la legalidad procesal penal (no solamente de la legalidad penal, por la cual es más conocido). En su *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, de 1799, aunque sin utilizar ese nombre (*Legalitätsprinzip*), también sienta las bases para el principio de la legalidad procesal penal^{11 12 13}.

Sin embargo de esa origen y de su larga tradición en los sistemas de matriz continental, hoy es posible afirmar que las premisas fundamentales del principio de la legalidad procesal penal ya se erosionaron, pues: (a) la concepción absoluta de pena, propugnada por Kant, y que tuvo una gran influencia en la concepción de que la imposición de la pena es un imperativo categórico, ya está superada¹⁴, una vez que existe un gran consenso actual de que la pena tiene funciones preventivas (jamás retributivas), conforme propugna la dominante teoría preventiva integradora o unificadora ("*Die präventive Vereinigungstheorie*") de Roxin¹⁵; (b) es una ilusión, incluso, una ingenuidad, creer que los principios de la legalidad y igualdad, manifestados en el deber de persecución de todos los delitos, se concretiza de forma plena en la práctica, una vez que existe un número bastante elevado de delitos que se quedan en la denominada cifra oculta de la criminalidad, lo que, al fin y al cabo, ya frustra cualquier pretensión de persecución total e igualitaria¹⁶.

Así, el principio de la legalidad procesal penal – aún para los países que lo tienen en la ley o en la Constitución – ya no puede ser más considerado como un obstáculo insuperable para la búsqueda de soluciones consensuales en determinados casos penales.

⁹HRUSCHKA, J. "Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts", in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Dunker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 17 e 26.

¹⁰HRUSCHKA, J. "Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts (...), *Ob. Cit.*, pp. 17 e 26.

¹¹HRUSCHKA, J. "Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts (...), *Ob. Cit.*, p. 26.

¹²Véase: FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. I, Henning, Erfurt, 1799, p. 49.

¹³Sobre la posición de Feuerbach, confírase: 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. 61.

¹⁴ En ese sentido, Roxin y Schünemann sostienen que: "con la sustitución de las teorías absolutas de la pena, por las teorías de prevención general y especial, que vinculan la aplicación de la pena a las necesidades sociales y a su utilidad, el principio de la legalidad ha perdido parte de su fundamentación teórica originaria". In: ROXIN, C. & SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahrensrecht*, 27ª ed., Beck, Munich, 2012, p. 77.

¹⁵ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 1., 5ª ed., De Gruyter, Berlín, 2020, p. 152.

¹⁶WEIGEND, T. "Das 'Opportunitätsprinzip' zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz", in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 109 (1997), p. 105.

Para la realización de los fundamentos subyacentes del principio de la legalidad procesal penal, que aún son validados, basta con observar el principio de la proporcionalidad, de la proscripción de la arbitrariedad, del deber de objetividad (evitándose protección de amigos o persecución de enemigos), con lo que ya es suficiente para mantener actualizada su razón de existir. A fin de cuentas, no hay una contradicción manifiesta entre legalidad y oportunidad¹⁷. Es posible obtenerse una solución intermedia y armónica entre esos dos principios, con grandes ventajas para la realización más adecuada y justa de la persecución penal. Para ello, no se debe tener visiones maniqueístas del principio de la oportunidad. No se debe amarlo incondicionalmente, ni ódialo, desde lejos. Ese es un principio que tiene su lado positivo, pero también sus peligros. Sobre las posibilidades de manifestación del principio de la oportunidad, se tratará a la continuación.

3. LOS MATICES DEL PROCESO PENAL CONSENSUAL

En un examen panorámico de las posibilidades de solución consensual del proceso penal es posible identificar diversos matices y formas de configuración. El uso del consenso en inicio de la investigación, en su fin o mismo en el curso del proceso penal. Negociación de la acusación o de la sentencia. Finalidades político-criminales que van desde la disminución de la carga de trabajo, hasta el objetivo de tornar más fácil la producción probatoria. Todas esas son posibilidades que los distintos sistemas penales pueden ofrecer para la solución consensual del caso penal.

Sobre ellas, se puede hacer la siguiente clasificación general, sin pretensión de agotar el tema.

3.1. LAS ORDENES PENALES (STRAFBEFEHLSVERFAHREN):

Existen sistemas legales que permiten, incluso antes del desarrollo de la fase investigatoria o mientras esta no esté totalmente finalizada, la posibilidad del Ministerio Público emitir órdenes para que el argüido cumpla determinadas condiciones. Esas órdenes normalmente consisten en el pago de una multa, pero también es posible que se establezca otras determinaciones, como la prohibición de conducir, el confisco de bienes o mismo una advertencia. Todo ello como condición para el sobreseimiento de la investigación, caso el argüido concorde con esa determinación.

Esas órdenes generalmente pueden ser proferidas en casos de delitos de menor importancia y tienen que obtener una autorización judicial¹⁸. Un ejemplo bastante importante de ese modelo es el adoptado en Alemania, con su previsión en los §§ 407 a 412 del CPP alemán¹⁹.

La gran ventaja de esa modalidad de solución consensual es su simplicidad y rapidez. Tiene, sin embargo, un mayor riesgo de cometimiento de injusticias, una vez que puede ocurrir que la investigación siquiera esté finalizada o suficientemente madura.

¹⁷Como afirma Binder: "*Pode-se perfeitamente refletir entorno do princípio da seleção de casos (oportunidade) sem nenhuma referência ao princípio da legalidade (política que 'exclui' a seleção). Não são opostos ou melhor dito, sua consideração como 'opostos' - e a 'oportunidade regrada' como síntese - é apenas, e não especificamente a mais produtiva forma de analisar o tema. A seleção de casos dá-se em duas dimensões. Em primeiro lugar, existe uma dimensão vinculada à política criminal e, em segundo lugar, outra dimensão relativa à justiça penal, concebida como uma organização com recursos limitados*". In: BINDER, A. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*, Empório do Direito, Florianópolis, 2017, p. 160.

¹⁸THAMAN, S.C. "Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases", *General Reports of the XVIIITH Congress of the International Academy of Comparative Law*, 2007, pp. 969-971.

¹⁹Sobre el tema, véase: KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 329-334.

3.2. LA CONCILIACIÓN ENTRE VÍCTIMA Y OFENSOR:

Otra forma de concretización de un sistema consensual en los procedimientos penales existe en países que estimulan la conciliación entre autor y víctima, posibilitando que, en caso de acuerdo, se pueda encerrar la persecución penal²⁰. En ese ámbito es bastante fértil el uso de técnicas de mediación penal y de justicia restaurativa, que son informadas por una serie de principios que facilitan el acuerdo²¹.

En Brasil, esa modalidad de consenso puede ocurrir en los delitos de menor potencial ofensivo (delitos con la pena máxima de hasta dos años). En esos casos, es realizada una audiencia preliminar, con un conciliador. Caso exista un acuerdo entre infractor y víctima y el delito sea de persecución vía acción penal privada o pública condicionada, habrá renuncia a la persecución penal, conforme previsto en el artículo 74 de la Ley 9.099 del año de 1995.

La ventaja de esa modalidad es la posibilidad de resolución de los conflictos subyacentes a la infracción penal, lo que puede ser especialmente importante para casos que involucren personas que, por algún motivo, tengan que convivir después del hecho delictivo, como es el caso, por ejemplo, de los delitos que entre parejas o colegas de trabajo. En Brasil, sin embargo, no es posible la solución de casos penales por conciliación en casos de violencia doméstica, familiar o de género.

3.3. LA DISPENSA DEL PROCEDIMIENTO PENAL MEDIANTE EL ADIMPLEMENTO DE CONDICIONES (DIVERSION):

Otra forma de solución de los casos penales por medio del consenso ocurre en países en que se permite que el Ministerio Público y el imputado realicen un acuerdo, en que son establecidas condiciones para la suspensión de la persecución penal, sea antes de la presentación de la acusación formal o, incluso, después²².

Las condiciones que pueden ser establecidas para esos acuerdos, normalmente, son la indemnización a la víctima, el pago de multa, prestación de servicios a la comunidad, frecuencia a tratamientos contra la adicción en alcohol y drogas, entre otros. Una vez cumplidas esas condiciones, no se prosigue la persecución penal.

En algunos países, ese acuerdo no significa la imposición de pena, pero solamente un negocio jurídico de naturaleza penal, que establece obligaciones contractuales. Así, caso el argüido no cumpla con las condiciones, será necesaria la rescisión del acuerdo y el proseguimiento de la persecución penal tradicional. En Brasil, existen tres modalidades de acuerdos que tienen esa característica: la transacción penal (para delitos con penas máximas de hasta dos años); la suspensión condicional del proceso (para delitos con penas mínimas de hasta un año) y el acuerdo de no persecución penal (para delitos con la pena mínima inferior a cuatro años). Sobre esa última modalidad de acuerdo penal, posteriormente será realizado un abordaje con más detalle.

El *plea bargain* de los Estados Unidos, también, en algunos casos, puede ser considerado un acuerdo con dispensa del procedimiento penal.

En verdad, el *plea bargain* es un instrumento consensual en que es posible realizar una amplia gama compromisos, aunque generalmente involucre un acuerdo en que el Ministerio Público deja de realizar una acusación formal en cambio del

²⁰THAMAN, S.C. *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal (...) Ob. Cit.*, pp. 966-968.

²¹Sobre la conciliación en materia penal, véase: BARONA VILAR, S. *Mediación penal: Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

²²THAMAN, S.C. *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal (...) Ob. Cit.*, pp. 964-966.

acusado asumir la culpa (*plea guilty*) o simplemente demostrar el desinterese en defenderse de la acusación en juicio (*nolo contendere*)²³. Ese acuerdo, normalmente, debe tener la aprobación judicial²⁴ y consiste en la aplicación efectiva de una pena, que puede ser (incluso) privativa de libertad²⁵, prestación de servicios a la comunidad, frecuencia a determinados programas de rehabilitación, indemnización a la víctima, participación en programas de resolución alternativa de conflictos (ADR – *alternative dispute resolutions*), entre otras medidas²⁶. En esos casos, el Estado simplemente deja de llevar a cabo en proceso penal *full trial*, encerando la persecución penal ya en la fase preliminar.

3.4. EL REGATEO SOBRE LA ACUSACIÓN (CHARGE BARGAINS):

A veces, el acuerdo involucra un regateo con el Ministerio Público sobre el contenido de la acusación que presenta en juicio. Así, es posible que el acuerdo consista en una disminución de la carga del escrito de la acusación, en términos de severidad o en número de hechos imputados. Así, por ejemplo, el Fiscal puede – a cambio de un acuerdo – concordar en: (a) reducir la acusación para un delito más leve (v.g. un asesinato para un homicidio) o (b) reducir la cantidad de delitos imputados contra determinada persona (v.g. en vez de imputar tres asesinatos solamente imputa uno)²⁷ ²⁸. El *charge bargain* puede ser utilizado como una de las formas del *plea bargain* en los Estados Unidos.

En virtud de esa posibilidad, es que, muchas veces, se tiene criticado al Ministerio Público de EE. UU., cuando realiza el denominado *overcharging* (exceso de acusación), sea vertical (realizando una acusación más grave que la investigación criminal posibilita), sea horizontal (con la inclusión en la acusación de más hechos de lo que se puede extraer de la investigación)²⁹. Además, se critica el uso del denominado *bluffing*, que consiste en el Ministerio Público afirmar que tiene más pruebas de lo que efectivamente posee³⁰.

Esas técnicas de *overcharging* o *bluffing* tienen como finalidad la realización de un acuerdo más ventajoso para la acusación. En la práctica, con el uso del *overcharging* y del *bluffing*, el imputado, cuando realiza un *charge bargain*, acaba por ser engañado, pues la acusación que resulta del *deal* acaba siendo la acusación que sería la justa. Así, el acordó no proporciona efectivamente ninguna ventaja para el acusado.

²³En el *nolo contendere* el imputado no admite su culpabilidad, pero accede a renunciar al proceso penal, autorizando al juez a aplicarle directamente la pena. Para la aplicación del *nolo contendere*, el Ministerio Público y el Juez deben estar de acuerdo con este alegato. *Nolo contendere* viene del latín y significa no responder, no disputar. In: GÓMEZ COLOMER, J.L.; ESPARZA LEIBAR, I. & PÉREZ CEBADERA, M.Á. *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, GÓMEZ COLOMER, J.L. (org.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 271.

²⁴LANGER, M. *From legal transplants to legal translation (...)* Ob. Cit., p. 46.

²⁵SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Hudson v. United States* [272 U.S. 451 (1926)], disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/272/451.html>, acceso en: 28/04/23.

²⁶HERMAN, N. *Plea Bargain*, 2ª ed., LexisNexis, Newark, 2004, p. 02.

²⁷ALSCHULER, A.W. "Guilty Plea: Plea Bargaining", *Encyclopedia of Crime Justice*, 2. vol., 2ª ed., DRESSLER, J. (org.), Thomson, New York, 2002, p. 755.

²⁸THAMAN, S.C. *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal (...)* Ob. Cit., pp. 966-968.

²⁹Sobre el problema del *overcharging*, véase: ALSCHULER, A.W. "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 36, n. 1, Autumn, 1968, pp. 85 e ss.

³⁰En Estados Unidos, la acusación solamente tiene el deber de presentar todas las pruebas que tiene (*disclosure*) después de superada la fase de acuerdo, con el argüido declarando ser inocente o no invocando el *nolo contendere*. Sobre el tema, cf.: GÓMEZ COLOMER, J.L.; ESPARZA LEIBAR, I. & PÉREZ CEBADERA, M.A. *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica (...)* Ob. Cit., pp. 287 e ss.

Para nosotros del sistema de matriz continental, esa forma de acuerdo resulta manifiestamente injusta, involucrando serios cuestionamientos éticos y deontológicos, de modo que no parece ser un buen modelo a seguir.

3.5. EL REGATEO SOBRE LA SENTENCIA (*SENTENCE BARGAINS*):

También existen países en que permite que el acuerdo tenga como objeto los términos de la sentencia penal. Así, es posible que el imputado llegue a un acuerdo en cambio de una recomendación, por el Ministerio Público, de una sentencia más favorable. Hay casos en que ese acuerdo es hecho incluso con el propio juez (lo que parece problemático desde una perspectiva del principio acusatorio y del principio de la imparcialidad judicial). De todos modos, cuando existe un acuerdo sobre la sentencia, el juez tiene que respetar el techo de la pena establecido en el ajuste o, por lo menos, presentar la posibilidad del acusado desistir del *deal*³¹.

En Estados Unidos, también en el *plea bargain*, es posible hacer una negociación sobre la sentencia. Además, en sistemas de matriz continental, se incluyen en modelos de acuerdo sobre la sentencia muchos casos de procedimiento abreviado, en que el acusado confiesa y desiste de instrucción oral a cambio de una disminución en la pena fijada por el juez.

3.6. LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN:

Aquí se incluyen los casos en que se autoriza la realización de un acuerdo entre Ministerio Público y imputado a cambios de una colaboración del agente con el estado en la producción probatoria, en el mismo proceso penal o en otras investigaciones o procesos penales³². Aquí la razón política criminal de ese acuerdo no es la disminución de la carga de trabajo, pero tornar más fácil la obtención de pruebas, especialmente en determinados delitos que normalmente son cometidos en ambientes sin testigos, con un pacto delictivo entre los involucrados y, también, en delitos en que existe un código de silencio (*omertà*), normalmente en actividades vinculadas a organizaciones criminosas de tipo mafioso.

Como ejemplo de esa modalidad de acuerdos se incluye el *plea bargain*, en que el imputado, también, puede asumir el compromiso de ser testigo en favor de la Fiscalía contra otros acusados o en otras investigaciones³³.

En el ámbito continental, están los denominados testigos de la corona, por ejemplo, previsto en el artículo 376 del LECrim Española³⁴ o el *Kronzeugen* alemán³⁵. En Brasil, existe la posibilidad de la celebración del denominado acuerdo de colaboración premiada, cuya sistematización está prevista en la Ley de Organizaciones Criminales (Ley 12.850 de 2013).

Así, expuesto ese panorama sobre las posibilidades de la intervención de un sistema de oportunidad o oportunidad reglada, por medio de la celebración de acuerdos en el ámbito del proceso penal, luego el momento de estudiar, con un poco más de detalle, el acuerdo de no persecución penal brasileño.

³¹ALSCHULER, A.W. *Guilty Plea (...)* Ob. Cit., p. 755.

³²THAMAN, S.C. *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal (...)* Ob. Cit., pp. 978-979.

³³HERMAN, N. *Plea Bargain (...)* Ob. Cit., p. 02.

³⁴Cf.: CUERDA ARNAU, M.L.; GORRIZ GOYO, E. & VIVES ANTÓN, S.T. "La Colaboración del imputado en los delitos de tráfico de drogas", *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 139.

³⁵Sobre el tema, con una visión crítica, véase: WEIGEND, T. *Das 'Opportunitätsprinzip' (...)* Ob. Cit., pp. 111 y ss.

4. LOS REQUISITOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS PARA EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL BRASILEÑO

En diciembre de 2019, en Parlamento brasileño ha aprobado da Ley n. 13.964, que realizó diversos cambios en el Código de Proceso Penal (CPP).

Uno de ellos, fue la introducción del artículo 28-A en el CPP brasileño, estableciendo en ley un instituto de naturaleza consensual, denominado de acuerdo de no persecución penal (ANPP), que consiste, muy básicamente hablando, en la posibilidad del Ministerio Público celebrar un acuerdo con el investigado por delitos cuya pena mínima es inferior a cuatro años, cuando no cometido con violencia o grave amenaza, además de cumplir con otros requisitos establecidos en la ley³⁶.

Esos requisitos son tanto de naturaleza objetiva (vinculados al delito), cuanto de naturaleza subjetiva (vinculados al investigado).

Como se verá, la decisión por la celebración o no del acuerdo no es algo que está a la libre discreción del Fiscal, incidiendo los requisitos legales (discreción reglada), la proscripción de arbitrariedad, el deber de objetividad, existiendo, incluso, la posibilidad de revisión jerárquica en el ámbito del Ministerio Público fiscal, cuando, a pedido del interesado, el Fiscal General puede analizar las razones para la negativa del acuerdo. Sin embargo, precisamente por ser un acuerdo, el Poder Judicial no puede imponer a ninguna de las partes (ni al MP) el deber de realizar el acuerdo.

La idea ahora es explicar esos requisitos, empezando por los requisitos de naturaleza objetiva.

4.1. DELITO CON PENA MÍNIMA INFERIOR A CUATRO AÑOS (CPP, ART. 28-A):

Solamente es posible realizar el acuerdo de no persecución penal con los delitos cuya pena mínima es inferior a cuatro años.

Aquí el legislador tomó como horizonte interpretativo la disposición del artículo 44 del Código Penal, que permite la sustitución de pena privativa de libertad por restrictiva de derechos para los condenados a una pena no superior a cuatro años.

De tal manera, los autores del grupo de delitos en que es posible la celebración de ANPP mui probablemente no serían condenados a una pena privativa de libertad, de modo que pareció inteligente el legislador anticipar la solución del caso penal, por medio de un acuerdo, con carga reducida, para esos casos.

Para identificar la pena mínima inferior a cuatro años, también, se debe llevar en consideración eventuales causas de aumento o disminución, incluso en concurso de delitos, conforme previsto en el § 1º, del art. 28-A del Código de Proceso Penal.

4.2. NO SE ADMITE EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL PARA LOS DELITOS COMETIDOS CON VIOLENCIA O GRAVE AMENAZA (CPP, ART. 28-A):

También es requisito objetivo para la celebración de acuerdo de no persecución penal, que el delito cometido no sea cometido con violencia o grave amenaza.

Esa es una manifestación político criminal del legislador que optó por no beneficiar los autores violentos o amenazadores, una vez que esas infracciones penales tienen una reprochabilidad más elevada. Aquí también se llevó en consideración que los delitos con violencia o grave amenaza no son susceptibles de sustitución de pena privativa de libertad por restrictiva de derechos (CP, art. 44, I).

³⁶Para una explicación más profunda sobre el acuerdo de no persecución penal brasileño, cf.: CABRAL, R.L.F. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*, 4ª ed., JusPodivm, São Paulo, 2023.

La violencia aquí es aquella empleada contra las personas y no contra las cosas. Existe también un debate si esa prohibición incluye los delitos culposos violentos o solamente los dolosos.

Me parece que, como el legislador no ha hecho una diferenciación sobre el tema, la violencia que no permite el ANPP puede ser aquella derivada de una acción dolosa o culposa, lo que tiene importancia especial en los delitos de homicidio culposo en el tráfico vial.

4.3. EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL DEBE ATENDER A LO NECESARIO Y SUFICIENTE PARA LA REPROBACIÓN Y PREVENCIÓN DEL DELITO (CPP, ART. 28-A):

Ese es el requisito en que existe un espacio más amplio de discreción del Ministerio Público en la celebración o no del acuerdo. En el, se destaca claramente la función de prevención que el acuerdo debe cumplir, como un equivalente funcional de la pena³⁷.

Aquí, se debe analizar se el caso concreto no presenta ninguna circunstancia que denote especial gravedad del delito. Así, el grado de gravedad del injusto y de la culpabilidad del agente, en el específico caso examinado, permitirá verificar se su celebración, desde una perspectiva preventiva, será necesaria e suficiente para ofrecer una respuesta al delito.

4.4. NO SE ADMITE EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL PARA LOS DELITOS PARA LOS CUALES SEA ADMITIDA LA TRANSACCIÓN PENAL (CPP, ART. 28-A, § 2º, I):

El legislador previó que no se debe realizar el acuerdo de no persecución penal cuando el delito admita la transacción penal, que es otra posibilidad de acuerdo, menos restrictiva.

La transacción penal, en los términos del artículo 61 de la Ley 9.099 de 1995, es un acuerdo posible para los delitos cuya pena máxima no sea superior a dos años. De tal manera, con la restricción aquí estudiada, prevista en el § 2º, I, del artículo 28-A del CPP, se buscó evitar la dupla incidencia de posibilidades de acuerdo, optándose por mantener solamente la posibilidad de transacción penal para los casos de delitos de menor potencial ofensivo, excluyendo el ANPP para esos casos.

4.5. NO SE ADMITE EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL PARA LOS DELITOS COMETIDOS EN EL ÁMBITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA O FAMILIAR, O COMETIDOS CONTRA MUJER POR RAZONES DE LA CONDICIÓN DE SEXO FEMENINO, EN FAVOR DEL AGRESOR (CPP, ART. 28-A, § 2º, IV):

El artículo 28-A, en su § 2º, IV, del Código Procesal Penal brasileño prohíbe la celebración de acuerdo de no persecución penal, cuando el delito es cometido: (a) en el contexto de violencia doméstica o familiar; o (b) contra mujer, por razones de la condición del sexo femenino.

(a) Por lo tanto, no se admite el ANPP para cualquier delito que se realice en el ámbito doméstico, lo que abarca todos los delitos cometidos en contra personas que conviven en un mismo ambiente físico que constituye un hogar, un domicilio.

³⁷En el sentido de que los acuerdos penales, sin imposición de pena, como equivalentes funcionales de la pena (es decir, deben cumplir la misma función preventiva de la pena, a pesar de ser pena), véase: COSTA ANDRADE, M. "Consenso e Oportunidade: Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo", in: *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 353.

Aquí no importa el género de la víctima, tampoco se existe una relación de parentesco entre autor y ofendido, pero sí el local del delito.

También no se puede hacer ese acuerdo, cuando el delito involucre violencia familiar, que es aquella cometida contra personas que tienen relación de parentesco, no importando también el género o la ubicación de la práctica delictiva.

La Ley aquí habla de violencia. Pero, para que ese requisito tenga algún sentido distinto de la prohibición del ANPP para delitos con violencia (que ya constituye elemento distinto del aquí estudiado) esa violencia debe ser comprendida no solamente como una violencia física, pero una que incluye la violencia psicológica, sexual, patrimonial y moral.

(b) Del mismo modo, no es posible hacerse el acuerdo cuando el delito es cometido contra mujer, por razones de la condición de sexo femenino, lo que involucra todos los delitos en que se pretende una disminución, una cosificación de la mujer, la tratando como se fuera un objeto del agresor³⁸.

Aunque, con terrible frecuencia, esos delitos suelen ser cometidos en el ambiente doméstico o contra familiares, es cierto que esa prohibición no se limita a esos casos, incidiendo también cuando el delito es cometido por personas desconocidas o en otros ambientes, como en los transportes públicos, en el ambiente laboral, u otro medio social³⁹.

4.6. CUANDO NO ES EL CASO DE SOBRESEIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN (CPP, ART. 28-A):

Para que sea admisible la realización del acuerdo de no persecución penal, es imprescindible que exista una base fáctica que autorice una *opinio delicti* positiva. Así, caso la investigación no logre obtener elementos informativos mínimos a amparar una acusación, es vedado hacer el ANPP. Es que el acuerdo no sirve para subsanar dificultades probatorias o para salvar investigaciones que no han tenido suceso. Por lo tanto, cuando la investigación preliminar indicar ser el caso de su sobreseimiento por falta de elementos de sospecha, no se debe realizar el acuerdo de no persecución penal. Esa prohibición también existe cuando ya ocurrió la prescripción de la pretensión punitiva o caso no se hagan presentes las condiciones o presupuestos para el ejercicio de la acción penal.

Ahora, ha llegado el momento de estudiar los requisitos de naturaleza subjetiva para el acuerdo de no persecución penal.

4.7. NO SE ADMITE EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL PARA LOS REINIDENTES O CUANDO EXISTIEREN ELEMENTOS PROBATORIOS QUE INDIQUEN CONDUCTA CRIMINAL HABITUAL, REITERADA O PROFESIONAL, EXCEPTO EN CASO DE INFRACCIONES PENALES PRETÉRITAS INSIGNIFICANTES (CPP, ART. 28-A, § 2º, II):

Esas prohibiciones sustancian una clara opción político criminal de no permitir el acuerdo de no persecución penal para las personas que ya han cometido, en el pasado, infracciones penales.

En ese sentido, ya se prohíbe, desde luego, el acuerdo para los reincidentes, cuya conceptualización es establecida por los artículos 63 y 64 del Código Penal, que es, al fin y al cabo, la persona que practica nuevo delito, en el plazo de hasta cinco años después de la sentencia condenatoria firme, en el país o en el exterior.

³⁸Cf.: NÚÑEZ CASTAÑO, E. "La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173 del Código Penal)", *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, n. 12, 2010, p. 104.

³⁹Sobre esos delitos contra las mujeres, cf.: NÚÑEZ CASTAÑO, E. *La violencia doméstica en la legislación española (...)* Ob. Cit., p. 105.

Además, el Código de Proceso Penal no admite el ANPP cuando existan elementos probatorios de conducta habitual, reiterada o profesional. Esos conceptos, en verdad, son una novedad en leyes procesales penales, no existiendo una definición legal que delimite su alcance. Sin embargo, parece correcto afirmar que habitual es la práctica constante y usual de delitos, no siendo suficiente un solo delito previo, y, por lo tanto, esta práctica delictiva debe formar parte de la forma de vida del agente - aunque no necesariamente por un largo período de tiempo. El concepto de conducta reiterada puede ser visto como conducta repetida, cometida más de una vez. Y conducta profesional existe cuando agente comete el delito de forma organizada y perfeccionada. En la conducta profesional, lo que cuenta no es el número de infracciones, sino la forma en que las comete.

Véase que el legislador abre una excepción, permitiendo el ANPP aun cuando existieren elementos probatorios de reincidencia, habitualidad, reiteración o profesionalismo. Ello ocurre cuando las infracciones penales pretéritas fueren consideradas insignificantes. Esa excepción también abre posibilidades de dudas interpretativas, pues, en Brasil, el principio de la insignificancia suele ser considerado como una causa de exclusión de la tipicidad. Por lo tanto, se la conducta anterior no es típica, tampoco es infracción penal. Lo que es una contradicción difícil de resolver. Quizá la mejor interpretación repose en la de posibilidad una evaluación, en cada caso, sobre la baja gravedad de las infracciones anteriores, permitiendo eventualmente el acuerdo.

4.8. NO SE ADMITE EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL CUANDO EL AGENTE YA TENGA CELEBRADO ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL, TRANSACCIÓN PENAL O SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE PROCESO EN LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS (CPP, ART. 28-A, § 2º, III):

En el mismo sentido de la prohibición anterior, el legislador realizó una política criminal de no beneficiar las personas que ya tengan sido alcanzadas por las agencias de persecución penal. Así, caso alguien ya tenga celebrado alguna modalidad de acuerdo penal anterior (acuerdo de no persecución penal, transacción penal o suspensión condicional del proceso), no podrá obtener nuevo ANPP, por el plazo de cinco años.

Aquí se refuerza la idea de que el acuerdo es reservado para las personas que, por la primera vez, han se involucrado en actividades criminales. En suma, el ANPP no es para los que reiteran las conductas delictivas.

4.9. PARA CELEBRAR EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL EL AGENTE DEBE CONFESAR CIRCUNSTANCIADAMENTE LA PRÁCTICA DEL DELITO (CPP, ART. 28-A, § 2º, III):

También es un requisito subjetivo para la celebración del acuerdo de no persecución penal que el imputado confese circunstanciadamente la comisión del delito que se investiga. Esa confesión deberá hacerse en la presencia del Miembro del Ministerio Público y el investigado deberá estar acompañado de su abogado. Existe recomendación de que ella sea grabada en audio y video.

La confesión no puede ser una declaración "magra"⁴⁰, sin contenido, simplemente confirmando el objeto de la investigación. Debe ser algo detallado, acompañado de una narración coherente y convincente, con el fin de traer buenas razones y seguridad en el sentido de su veracidad.

Esta confesión tiene dos aspectos que la hacen importante.

⁴⁰En sentido crítico a la admisión de confesiones "magras" para la celebración de acuerdos penales, cf.: SCHÜNEMANN, B. Cuestiones Básicas (...) *Ob. Cit.*, pp. 406-407.

El primer es que - si es creíble y detallada- presenta al miembro del Ministerio Público un fundamento sólido en el sentido de que - al celebrar el acuerdo- no se está practicando una injusticia contra un inocente. Esta confesión refuerza la justa causa que ya existía para el ofrecimiento del escrito de acusación. También confiere al defensor la tranquilidad necesaria de que, al orientar a su cliente o asistirlo en la celebración del acuerdo, no está realizando una mala orientación jurídica. Muy por el contrario, está buscando un camino menos gravoso y más beneficioso, que el de responder por el delito en un proceso penal, en el que existe una alta probabilidad de ser condenado.

El segundo aspecto importante es que proporciona al Ministerio Público - en caso de incumplimiento del acuerdo- más un elemento de información, que puede servir como corroborante de las pruebas producidas en el proceso penal contradictorio (CPP, art. 155), como fuente de información para la búsqueda de nuevos elementos probatorios y también como elemento de contraste en relación con los testimonios aparentemente falsos dados en el proceso penal, en caso de que, evidentemente, ocurra el incumplimiento del ANPP.

5. LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL

Una vez presentes los requisitos objetivos y subjetivos, caso el imputado y el Ministerio Público decidan realizar el acuerdo de no persecución penal, es imprescindible que cada parte asuma sus respectivos compromisos.

El Ministerio Público asume básicamente el compromiso de no presentar el escrito de acusación en contra el investigado y, una vez cumplida la parte del imputado, solicitar al juez la extinción de la punibilidad del delito.

Ya el investigado puede asumir distintas condiciones que deben ser establecidas en el momento de la celebración del acuerdo, cuyas posibilidades están previstas en el artículo 28-A del Código de Proceso Penal brasileño.

Vale la pena hablar un poco más sobre esas obligaciones que pueden ser asumidas, aisladas o cumulativamente.

Elas son las siguientes:

5.1. REPARAR EL DAÑO O RESTITUIR LA COSA A LA VÍCTIMA, A MENOS QUE NO TENGA CONDICIONES DE HACERLO (CPP, ART. 28, I):

Esa quizá sea una de las condiciones más importantes del acuerdo de no persecución penal, ya que da voz y oportunidad al ofendido, reforzando el fuerte movimiento actual de redescubrimiento de víctimas. Es cierto que la pretensión de Justicia que debe ser inherente a toda persecución penal no se realiza a plenos pulmones sin la debida atención a la víctima. La reparación del daño tiene especial importancia en ese sentido.

La reparación debe comprender el daño material y moral, conforme orientación del art. 5º, V y X, de la Constitución de la República.

El daño material comprende dos figuras (CC, art. 402): (i) el lucro cesante, sustanciado por la pérdida o reducción de los ingresos económicos de una persona natural o jurídica y de los que eventualmente dependan de ella; y (ii) el daño emergente, consistente en los gastos y costas que resulten del propio hecho, tales como gastos con tratamientos médicos, fisioterapéuticos, psicológicos, odontológicos, gastos de inhumación y funeral, entre otros⁴¹.

El daño moral incluye: (i) indirectamente los daños económicos, que no son precisamente materiales, pero que afectan negativamente al patrimonio del perjudicado, como es el caso del desprestigio, que puede reducir o alejar a los

⁴¹AGUERO RAMÓN-LLIN, E. *Las Indemnizaciones de las Víctimas de Accidentes de Tráfico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 17.

clientes, por ejemplo; y (ii) el daño puramente moral, consistente en el sufrimiento, la pena, la amargura, la tristeza, el luto, incluidos los dolores físicos, psíquicos o espirituales, el ultraje al honor, resultantes del delito y que deben ser indemnizados a la luz del *pecunia doloris*, el precio del dolor⁴².

5.2. *LA RENUNCIA VOLUNTARIA A BIENES O DERECHO APUNTADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTOS, PRODUCTO O PROVECHO DEL DELITO (CPP, ART. 28-A, II):*

Caso sean aprehendidos instrumentos de naturaleza ilícita o identificados bienes que constituyen producto o provecho del delito, el agente deberá renunciar voluntariamente a su propiedad, reforzando la función preventiva del acuerdo, tornando más rápida la indemnización a la víctima y evitando que bienes ilícitos regresen a circular en la sociedad.

5.3. *PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD O A ENTIDADES PÚBLICAS, POR PERÍODO CORRESPONDIENTE A LA PENA MÍNIMA CAMINADA AL DELITO, DISMINUIDA DE UN A DOS TERCIOS (CPP, ART. 28-A, III):*

Esa es una condición que tiene mucha importancia desde una perspectiva preventiva y que, de alguna forma, mimetiza eventual pena restrictiva de derechos que sería impuesta al agente, caso condenado. Claro, con la previsión de una disminución de un a dos tercios de la pena mínima, de modo que constituya una ventaja para el agente, al cumplir período bien inferior a lo que podría ser impuesto en una sentencia condenatoria. Esta disminución deberá hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto y de la culpabilidad del delito investigado.

5.4. *EL PAGO DE PRESTACIÓN PECUNIARIA, A ENTIDAD PÚBLICA O DE INTERESE SOCIAL (CPP, ART. 28-A, IV):*

En la previsión de pago de prestación pecuniaria también se anticipa eventual pena restrictiva de derechos que podría ser eventualmente impuesta al agente, caso condenado. Esa obligación tiene la ventaja de ser una prestación simple y rápida de ser cumplida. Desde una perspectiva preventiva, no parece tener la potencialidad que tiene la prestación de servicios a la comunidad (que normalmente involucra una reflexión más profunda por el agente).

Tiene la ventaja también de colaborar con el desarrollo de proyectos sociales y de interés público, especialmente cuando vinculados a la protección del bien jurídico protegido por el tipo penal cometido. Por ejemplo, en un delito ambiental, se puede establecer multa para un fondo de protección ambiental o para entidades con esa finalidad.

5.5. *CUMPLIR OTRA CONDICIÓN ESTIPULADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO, DESDE QUE PROPORCIONAL Y COMPATIBLE CON LA INFRACCIÓN PENAL APARENTEMENTE PRACTICADA (CPP, ART. 28-A, V):*

Aquí el legislador dejó una cláusula abierta para fijar medidas que no se incluyan en las anteriores (*numerus apertus*), dejando a la negociación entre las partes identificar la medida más adecuada.

⁴²ROIG TORRES, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 211-212.

Hay, sin embargo, dos restricciones que están previstas en la Ley. La medida debe ser proporcional – debe mantener una relación de gravedad proporcional al injusto cometido –, además debe ser compatible con el tipo penal imputado.

6. LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO Y LAS CONSECUENCIAS DE SU (IN)CUMPLIMIENTO

Existiendo un acuerdo entre el Ministerio Público y el imputado, auxiliado por su defensor, será realizado un acuerdo formal, en que serán establecidas, de forma clara, las obligaciones de las partes.

Entonces, ellas deberán enviar el acuerdo para eventual homologación judicial. El juez examinando el acuerdo, analizará si están cumplidos los requisitos subjetivos y objetivos para su celebración, así como verificará si las cláusulas están de acuerdo con los parámetros establecidos por la ley.

Caso no existan ilegalidades, el juez designará una audiencia, en que verificará la voluntariedad del acuerdo, oyendo el agente, acompañado de su defensor (CPP, art. 28-A, § 4º).

Constatando la voluntariedad, el juez homologa el acuerdo y, después, se puede iniciar su ejecución, con el cumplimiento voluntario de las condiciones por parte del investigado. Una vez cumplidas todas las condiciones, el juez debe declarar la extinción de la punibilidad del delito que fue objeto del acuerdo de no persecución penal.

Caso el agente, de manera injustificada, no cumpla el acuerdo, habrá su rescisión y el Ministerio Público presentará el escrito de acusación, siguiendo el caso el procedimiento normal de la persecución penal, con amplia defensa y contradictorio y con derecho a eventuales recursos previstos en la ley, es decir, un proceso penal *full trial*.

7. CONSIDERACIONES FINALES

El presente artículo tuvo por objetivo, inicialmente, contextualizar las posibilidades de acuerdos en el proceso penal y después hacer un estudio más detallado sobre el acuerdo de no persecución penal, previsto en el art. 28-A del Código de Proceso Penal brasileño.

Como balance final, creo que, desde luego, es importante que no se tenga perjuicios en contra la posibilidad del uso de acuerdos en el proceso penal. Aunque sea muy bonito y fácil defender que todos los casos deben tener un proceso penal completo, con todas las garantías y amplia defensa. Y aunque nadie tenga duda que esa es efectivamente una situación ideal. Es cierto que la defensa de ese modelo tradicional involucra una opción política criminal muy problemática, una vez que puede perpetuar situaciones de injusticia, sea por la impunidad, sea por juzgamientos tardíos e inadecuados.

La solución del acuerdo en el ámbito procesal penal, aunque no sea propiamente una novedad, tiene una potencialidad de traer aspectos positivos en la persecución penal, incluso una intervención penal menos dura.

La grande cuestión, por lo tanto, no es tanto si se debe o no adoptar un sistema de acuerdos en determinado país, pero sí cual es el modelo de acuerdo, como se puede tomar cautelas para disminuir las chances de injusticia y hasta que punto se puede permitir que el acuerdo llegue (¿debe, por ejemplo, involucrar la posibilidad de medidas privativas de libertad?). Creo que es ese el debate que se debe llevar a cabo. Pero eso es tarea para ser realizada en otro sitio. El presente artículo solamente tuvo el objetivo de presentar una posibilidad de configuración del sistema penal, por medio del acuerdo de no persecución penal. No es la única. Quizá no sea la mejor. Seguramente, no es la peor.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUERO RAMÓN-LLIN, E. *Las Indemnizaciones de las Víctimas de Accidentes de Tráfico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ALSCHULER, A.W. "Guilty Plea: Plea Bargaining", *Encyclopedia of Crime Justice*, 2º vol., 2ª ed., DRESSLER, J. (org.), Thomson, New York, 2002.
- ALSCHULER, A.W. "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 36, n. 1, Autumn, 1968.
- ARMENTA DEU, T. *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.
- BARONA VILAR, S. *Mediación penal: Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- BINDER, A. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*, Empório do Direito, Florianópolis, 2017.
- BOVINO, A. *Problemas del Derecho Procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- CABRAL, R.L.F. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*, 4ª ed., JusPodivm, São Paulo, 2023.
- COSTA ANDRADE, M. "Consenso e Oportunidade: Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo", in: *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988.
- CUERDA ARNAU, M.L.; GORRIZ GOYO, E.; VIVES ANTÓN, S.T. "La Colaboración del imputado en los delitos de tráfico de drogas", in: *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. I, Henning, Erfurt, 1799.
- GÓMEZ COLOMER, J.L.; ESPARZA LEIBAR, I. & PÉREZ CEBADERA, M.Á. *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, GÓMEZ COLOMER, J.L. (org.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- 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.
- HERMAN, N. *Plea Bargain*, 2ª ed., LexisNexis, Newark, 2004.
- HRUSCHKA, J. "Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts", in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Dunker & Humblot, Berlin, 2011.
- KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2016.
- LANGER, M. "From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargain and the Americanization thesis", in: *criminal procedures, in World Plea Bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Carolina Academic Press, Durham, 2010.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. "La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173 del Código Penal)", *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, nº 12, 2010.
- ROIG TORRES, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 1., 5ª ed., De Gruyter, Berlin, 2020.
- ROXIN, C. & SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahrensrecht*, 27ª ed., Beck, Munich, 2012.
- SCHÜNEMANN, B. "Crítica al modelo norteamericano de proceso penal", in: *Obras*, vol. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.
- SCHÜNEMANN, B. "Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global", in: *Obras*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.

- SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Hudson v. United States* [272 U.S. 451 (1926)], disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/272/451.html>, aceso en: 28/04/23.
- THAMAN, S.C. "Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases", *General Reports of the XVIITH Congress of the International Academy of Comparative Law*, 2007.
- WEIGEND, T. "Das 'Opportunitätsprinzip' zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 109, 1997.