

## Trabajo final de máster

---

### Máster en Razonamiento Probatorio

---

**Título:**

ACUERDOS DE CULPABILIDAD: ESTÁNDARES PROBATORIOS Y LA DISTRIBUCIÓN  
DEL RIESGO DE ERRORES

---

**Alumno/a:**

THIAGO TURBAY FREIRIA

---

**Tutor/a:** Dr. JORDI FERRER BELTRÁN

---

**Convocatoria (mes/año)**

Mayo/2021

## **1. Introducción**

La justicia penal consensual cuenta con un número creciente de usos e innovaciones legislativas. La promoción concentra dos argumentos principales, que orbitan entre las ventajas en cuanto a la reducción de los recursos económicos estatales aplicados a la justicia penal y al acortamiento de los procesos, concentrando un poder de resolución exponencial.

Ante esta constitución aparentemente ventajosa para la sociedad y el propio diseño institucional, notables restricciones y prohibiciones de la actividad probatoria reivindican el fin del proceso judicial como arena dialéctica, dedicada a la racionalidad probatoria y a la justificación racional de las decisiones judiciales.

El análisis que realizaré muestra los problemas probatorios en los acuerdos de culpabilidad, a los que me referiré como un género de distintas formas de justicia negociadas en el ámbito penal, en particular, destacando los rasgos constitutivos y operativos que defraudan la actividad probatoria y alteran la distribución del riesgo de errores judiciales.

El capítulo “2” del trabajo presenta un panorama general de los acuerdos de culpabilidad en Brasil y de las normas, con lo que se encuentran consonantes, en el ordenamiento jurídico norteamericano.

El capítulo “3” ubicará el problema dentro de un marco teórico racionalista, concatenando los problemas relacionados con la suficiencia para considerar probada una hipótesis probatoria consensuada, los estándares probatorios, y los riesgos de errores judiciales, indicadores de cifras de acuerdos involuntarios, o realizados por inocentes.

Además, señalo estrategias y modelos que provocan un déficit epistémico y aumentan los riesgos de errores, revelando defectos en la ingeniería institucional negociada, perjudiciales para los abusos y excesos que colocan a los acusados en una posición desventajosa, en cuanto a los defectos epistémicos de la manifestación de voluntariedad y confesión para el fin de celebrar un acuerdo de culpabilidad y dopajes, catalizadores del riesgo de errores judiciales. Posteriormente, analizo las directrices brasileñas que orientan la aplicación de multas pecuniarias y la atribución de responsabilidad en los Acuerdos de No Persecución Penal (ANPP).

El capítulo “4” enumera notas y sugerencias para la regulación de la justicia penal, en particular, aspectos inherentes al control de la actividad probatoria consensuada.

Al final, concluyo con una breve exposición sobre la necesidad de reducir los espacios de discrecionalidad en los acuerdos e instalar contendientes epistémicos y de política criminal para establecer una justicia penal negociada con garantías.

## **2- Justicia penal negociada y Brasil.**

La caracterización de la justicia penal negociada se hará, para efectos del análisis realizado, a partir de diversos modelos normativos que tienen por objeto la atribución de responsabilidad, la cual se establece a través de acuerdos que ajustan consensualmente la determinación de los hechos que dan lugar a la sanción penal y la concesión de un premio, de carácter procesal o de ventajas en la pena.

Los métodos consensuales se organizan en dos bloques bien diferenciados: a) aquellos cuyo acortamiento del proceso exige la aceptación del imputado sin atribución de culpa<sup>1</sup>; b) aquél cuyo efecto de premio se produce por una manifestación consensual de la culpa, que se distinguen, en especies. El segundo modelo es el que nos interesa.

Es importante señalar que los acuerdos de culpabilidad corresponden a métodos de obtención de pruebas, ya que requieren la confirmación de la hipótesis acusatoria por las partes, o la corroboración mediante pruebas autónomas, que no agreguen el cruce de proposiciones de la misma fuente para fines de acreditación epistémica.

En el mundo, la experiencia es vasta y presenta franca expansión. El informe *Disappearing Trials*, publicado por la agencia *Fair Trials y Freshfields*, afirma: “*According to our research, around 68% of jurisdictions with trial waiver systems permit sentence incentives, 44% permit charge incentives and 12%*

---

<sup>1</sup> En Brasil, el instituto de la suspensión condicional del proceso ilustra ese subgrupo de acuerdos, regulado por la Ley 9.099/95, art. 89 y ss.

*permit fact incentives. In addition, around half of jurisdictions with trial waiver systems provide for crown witness systems or cooperation agreements*<sup>2</sup>.

El propulsor de la justicia consensual penal es el sistema estadounidense, que “se ha consolidado internacionalmente”<sup>3</sup>. En ese orden, la *Federal Rule* n. 11 establece tres tipos de acuerdos –*plea agreement*– que prevén<sup>4</sup>: 1) no formulación de denuncia o levantamiento de cargos; 2) recomendación de sentencia o acuerdo de renuncia a los recursos de la acusación; 3) acuerdo de sentencia. Los acuerdos tipo “2” y “3” operan parámetros de pena y hechos, *sentence bargaining* e *fact bargaining*<sup>5</sup>. Los tipos “1” y “3” requieren aprobación del juez, que está sujeto a los términos negociados, y no puede haber aprobación fraccionada, como lo decidió la Corte Suprema, en el caso de Estados Unidos v. Fernández, 960, F.2d. 771.

Existen dos modelos de acuerdos complementarios, el *cooperation agreement*, que requiere declaración de culpabilidad y el de cooperación probatoria multitécnica, con la aplicación de *change discount* o *count discount*: modificación y reducción de penas, respectivamente. Además, los acuerdos de no enjuiciamiento (NPA en inglés), con aplazamiento del enjuiciamiento o renuncia.

La experiencia brasileña sigue el mismo camino. Dos modelos<sup>6</sup> normativos son centrales y condensan el sistema consensual en materia penal: la *Colaboração Premiada* (artículo 4 de la Ley 12.850/13) y el *Acordo de Não Persecução Penal* (artículo 28-A, Ley 13.964/19).

La diferencia modal se da en el primero, configurado como un negocio jurídico procesal y medio de obtención de prueba, que exige la manifestación de

---

<sup>2</sup> Disponible en: <https://www.fairtrials.org/articles/publications/the-disappearing-trial/>: 2021: p. 42. Acceso el 16/02/2022. Traducción libre. Según nuestra investigación, alrededor del 68 % de las jurisdicciones con sistemas de exención de juicio permiten incentivos de sentencia, 44 % permiten incentivos de cargos y 12 % permiten incentivos de hechos. Además, alrededor de la mitad de las jurisdicciones con sistemas de exención de juicio prevén sistemas de testigos de cargo o acuerdos de cooperación.

<sup>3</sup> VASCONCELOS, 2020: pág. 156.

<sup>4</sup> Tal clasificación fue propuesta por Ana Lara Camargo de Souza, DE SOUZA, 2019: p. 84.

<sup>5</sup> La *fact bargaining* establece un pacto sobre la verdad de los hechos, ajeno al control judicial.

<sup>6</sup> Otros métodos consensuales se rigen por: a) Ley 9.099/95 – composición civil, transacción penal y suspensión condicional del proceso; b) Ley 12.846/13 – posibilidad de formalizar acuerdos de clemencia en materia anticorrupción (Ley Anticorrupción de Empresas); c) Ley 13.129/15 y Ley 13.140/15 – posibilidad de autocomposición y arbitraje por la Administración Pública.

voluntariedad, admisión de culpa, presentación en juicio de pruebas autónomas acreditativas y todas las circunstancias relacionadas con los hechos delictivos, sin discriminarlas ante el objeto del acuerdo. Otro signo distintivo, la colaboración no prescinde del proceso judicial y de la valoración de los hechos *a posteriori*.

El premio otorgado prevé la renuncia a la formulación de imputación judicial, indulto, reducción de pena hasta en 2/3 (dos tercios), sustitución de pena por restricción de derechos, con la necesaria observancia de supuestos sustanciales de utilidad e interés público, que se miden a partir de: 1) identificación de coautores y participantes; 2) la divulgación de la estructura jerárquica y división operativa de la organización criminal a la que pertenece o tuvo conocimiento; 3) la prevención de los delitos resultantes; 4) la recuperación total o parcial del producto o provecho de los delitos; 5) la ubicación de la víctima, si corresponde al caso.

El ANPP, a su vez, establece un método de resolución penal consensuado, que el tribunal debe aceptar. Su aplicación queda condicionada a la reprobación de los delitos con pena inferior a cuatro años, siempre que exista la necesaria y suficiente represión y prevención del delito. Para realizarlo, se debe: a) confesar; b) reparar el daño o devolver la cosa a la víctima; c) renunciar a derechos y bienes; d) prestar servicios compensatorios a la comunidad y entidades públicas; e) pagar una prestación pecuniaria y f) cumplir con el plazo de depuración de la sanción, establecido por la acusación.

Ambos métodos serán considerados un género, cuyas especies no mencionaremos de manera exhaustiva, debido a la dinámica explicativa y al interés teórico aplicado al análisis general. La diferencia entre ellos se hará constar, cuando sea necesario para el modelo explicativo adoptado, de clasificación, análisis y sugerencia de soluciones.

### **3- Los defectos epistémicos y el modelo racionalista en los acuerdos de culpabilidad.**

Asumiré la concepción racionalista<sup>7</sup> de la prueba como modelo para la determinación de la verdad en el proceso, cuya condición de validez exige la

---

<sup>7</sup> ACCATINO, 2019: pp. 1 e ss; FERRER BELTRÁN, 2007: pp. 64-66; SCHUM y TWINING, 2015: 115 e ss.

superación de requisitos epistémicos para considerar probado un enunciado probatorio que justificará las decisiones judiciales, intersubjetivamente controlables por criterios racionales.

Es necesario establecer un marco conceptual, el objetivo institucional del proceso es la averiguación de la verdad, inferida a través de la probabilidad inductiva resultante de las proposiciones fácticas admitidas en el proceso, las cuales tuvieron su correspondencia confirmada con lo ocurrido en el mundo.

Taruffo afirma que la verdad no se limita a la atribución de valor a la realidad, para lo cual sólo sería necesario predecir la ocurrencia o no del hecho. La verdad debe ser concebida como “entidad metafísica”<sup>8</sup>, como calificativo de proposiciones descriptivas sobre los hechos narrados. Taruffo sostiene que existe un ideal regulativo que sirve para orientar a los sujetos procesales hacia la búsqueda de la verdad debido al “grado de confirmación” que los enunciados fácticos son capaces de establecer con la realidad.

La correspondencia, a su vez, tendrá lugar a la ocurrencia o no de la proposición fáctica, lo que consiste en determinar el grado de apoyo inductivo que permite afirmar como verdadero lo enunciado. Jordi Ferrer Beltrán<sup>9</sup> afirma que existe una "relación teleológica" entre la prueba y la verdad.

La probabilidad de que el enunciado fáctico proposicional sea verdadero debe contener motivos justificables para creer que las proposiciones fueron o no suficientemente corroboradas en el proceso, lo que sustenta la decisión judicial *a posteriori*. Esta relación teleológica es cuestionada, sin embargo, ante el déficit<sup>10</sup> epistémico de los acuerdos de culpabilidad.

El hecho de que no haya pretensión resistida por el demandado reivindica la oposición a la necesidad de contradictorio en la justicia negociada, lo que resulta útil para privar de obligación de persecución y de sus intereses públicos, en vista de la libertad de negociación de las partes. Tal condición alcanza el fundamento del principio dispositivo.

---

<sup>8</sup> TARUFFO, 2020: p. 189.

<sup>9</sup> FERRER BELTRAN, 2021: p. 17.

<sup>10</sup> Los descuidos epistémicos frente a la determinación de los hechos no es una circunstancia necesaria, sino frecuente, en las transacciones delictivas, como señala Diana Veleza (2021: p. 159 ss).

En este sentido, no habría necesidad de cumplir necesariamente requisitos epistémicos para considerar probados los elementos de prueba establecidos, disponiendo – el procedimiento consensual – un grado suficiente de poder para la prueba autónoma de la hipótesis fáctica. Tal aseveración no requiere establecer, considerando un modelo teórico hipotético, estándares de suficiencia a los efectos de celebrar transacciones penales. Se da prevalencia al interés por resolver el conflicto.

En este sentido, se produce un cambio sustancial en el “objetivo de búsqueda de la verdad”. La decisión judicial está anclada en razones utilitarias para considerar las proposiciones probatorias que compusieron el acuerdo como verdaderas, sin que se establezca necesariamente correspondencia con la realidad.

Precipitadamente, si dotamos a la justicia consensual de facultades de renuncia epistémica, podría conducir a la adopción de un modelo particularista de determinación de los hechos, que en teoría, legitimaría decisiones arbitrarias.

Diana Veleda<sup>11</sup> refuta la existencia de una “verdad consensual”, que consistiría en una verdad contractual, impulsada por la confesión del beneficiario del acuerdo, prescindiendo del contradictorio y de los combinadores epistémicos que otorgarían validez de justificación a las hipótesis probatorias.

El argumento central a favor de la verdad consensual está reñido con los requisitos epistémicos para considerar justificada una decisión basada en la verificación de la verdad correspondiente, lo que implica asumir un riesgo de mayor número de errores judiciales en los acuerdos de culpabilidad<sup>12</sup>.

El argumento pragmático afirma que es útil acreditar a las proposiciones fácticas del acuerdo con valor de verdad. Tal estrategia requiere asumir que las razones epistémicas que sustentan la justificación de la decisión judicial que valida el acuerdo y otorga sus beneficios no cuentan con la dotación necesaria. Sin embargo, la decisión de prescindir de las razones epistémicas desestabiliza la aplicación racionalista, que exige una atención conceptual a la explicación. No parece aceptable prescindir de criterios epistémicos para determinar los

---

<sup>11</sup> VELEDA, 2021: p. 159.

<sup>12</sup> Véase la consideración de Larry Laudan (2006: p. 23) al respecto, para quien se debe exigir la distribución de los errores judiciales para el reconocimiento de una “legitimidad pública” de la decisión judicial.

hechos del proceso judicial, ya que no puede haber progreso en la valoración racional de las pruebas, intersubjetivamente controlable, si la decisión judicial no está sustentada en operaciones que confíen en un grado suficiente de acreditación de la correspondencia de los enunciados proposicionales con la realidad.

Considerar probada la afirmación fáctica equivale a dar fe de que fue sometida a un examen racional, ordenado por exigencias epistémicas y jurídicas que excedieron el grado de suficiencia para considerar probada la hipótesis probatoria. Constituye la aceptación justificada de los hechos como verdaderos. La decisión judicial, en esta perspectiva, pasa a dotarse de una garantía de cumplimiento de requisitos metodológicos racionales y fiables.

Por tanto, se acepta la adopción de un sistema de garantías a los destinatarios de las decisiones probatorias, que eleven las redes de protección procesal y metodológica que eviten decisiones que no pueden controlar la cadena de inferencias que las justifican y su corrección frente a metodologías relativas a requerimientos epistémicos.

En este sentido, la justificación basada en la corrección epistémica que adoptamos parece adherirse a la concepción de Richard Foley, para quien la justificación racional epistémica agrega lo que debe creerse y lo que es posible creer como deberes de diversa índole, dotados de un género común, lo que nos parece vincular la actividad probatoria a favor de garantías acordes con el Estado de Derecho y el Debido Proceso de Derecho<sup>13</sup>.

La aplicación de normas que prescriben rigor epistémico<sup>14</sup> a la actividad probatoria, en este modelo, adquiere una proyección de justicia. Para alcanzar los objetivos del análisis, ubicaré dos bloques de fundamentos complementarios: i) la corrección epistémica de las operaciones probatorias apegadas a la concepción racionalista de la prueba, en particular, la formulación

---

<sup>13</sup> Véase la argumentación de Jordi ( FERRER BELTRÁN, 2021: p. 55), sobre la necesidad de adoptar normas (reglas generales) que prescriban el grado de acreditación para considerar probada una hipótesis probatoria, que permita situar el “poder de decisión de la autoridad emisora de la regla” y “el control de la corrección en la aplicación de la regla”, evitando la arbitrariedad.

<sup>14</sup> No olvido la insuficiencia de los criterios epistémicos a los efectos de ajustar la valoración de los hechos a la valoración racional, añadiendo, a los efectos de corrección de la argumentación, la necesidad de observar reglas de la lógica y máximas de la experiencia, así como los conocimientos científicos debidamente acreditados. Vea LAGIER 2020: págs.39-74.



de estándares de pruebas; ii) la exigencia de requisitos metodológicos para los estándares de prueba que consideren las especificidades de la justicia negociada, en particular, las cifras para la distribución del riesgo de errores.

### **3.1. El grado de suficiencia de la prueba para considerar probada la proposición fáctica del acuerdo de culpabilidad penal.**

Establecer el grado de suficiencia probatoria para considerar legítimamente sustentada, en términos racionales, la hipótesis del hecho, consiste en definir un umbral probatorio que supere la graduación necesaria para considerar probada la hipótesis, a los efectos de completar el silogismo judicial. La suficiencia se establece por los estándares probatorios.

Tuzet y Canale definen los estándares probatorios como “umbrales de justificación de una premisa fáctica<sup>15</sup>”.

La corrección epistémica de la valoración de los hechos, además, corresponde a la conceptualización de los estándares de prueba. Diego Dei Vecchi<sup>16</sup> sostiene que existe un “vínculo conceptual” entre la valoración probatoria y los estándares. La definición del grado concreto de satisfacción para dar por probada una determinada hipótesis probatoria no pretende exclusivamente atender criterios epistémicos, pues constituye fundamentos político-morales<sup>17</sup>, lo que no autoriza el abandono de los requisitos epistémicos a los efectos de la determinación de la verdad.

Los criterios para la formulación de estándares probatorios en un punto más o menos exigente se valen de los requerimientos epistémicos, utilizando el

---

<sup>15</sup> CANALE e TUZET, 2021: p.71.

<sup>16</sup> DEI VECCHI, 2020a: p. 129 y ss.

<sup>17</sup> Sobre la imposibilidad de formular estándares probatorios a través de criterios epistémicos, ver FERRER BELTRÁN, 2021: pp. 35 y ss. El autor argumenta que la deficiencia inherente a la determinación de la verdad a través de procedimientos de investigación controlados plantea desafíos a la formulación de estándares de suficiencia, pero no los impide ni los inhabilita. Sin embargo, para la definición concreta del grado de suficiencia a los efectos de considerar probada una hipótesis fáctica, es necesario aceptar la deficiencia del aporte de argumentos epistémicos, con necesidad de una decisión de carácter político moral. Los criterios epistémicos, a su vez, constituyen los criterios metodológicos para que una determinada norma asuma las características de estándares probatorios. Ferrer destaca cuatro criterios esenciales: 1) los criterios relativos a la capacidad de justificación del conjunto de pruebas sobre las hipótesis controvertidas; 2) la capacidad de determinar el grado mínimo para considerar una hipótesis probatoria probada; 3) utilizar criterios probabilísticos inductivos; 4) la capacidad de contar con estándares que respondan a las diversas decisiones relacionadas con el proceso judicial, como resultado de los diferentes momentos y fases en que se encuentran y de los valores que deben proteger.

resultado del cumplimiento de estos criterios a los efectos de decidir sobre el grado de suficiencia para considerar probada la hipótesis. Consiste en un paso previo, que debe cumplirse, so pena de bloquear el camino inferencial. Daniel González Lagier<sup>18</sup> señala doce<sup>19</sup> criterios epistémicos que permiten otorgar credenciales de mayor o menor grado de confirmación a las hipótesis fácticas, las cuales deben ser consideradas para la formulación de los estándares probatorios.

Cumplidos los criterios epistémicos a efectos de validar el grado de confirmación de la hipótesis fáctica, queda pendiente la reflexión sobre la necesidad de instituir grados de suficiencia probatorios. Dos argumentos centrales se superponen entre los defensores de la ineficacia de los estándares probatorios: la imprecisión<sup>20</sup> y la falta de objetividad<sup>21</sup>.

La imprecisión aporta la dificultad de establecer un número mínimo de criterios que deben cumplirse para sellar el estándar probatorio, o para la formación de un subconjunto de criterios que necesariamente deben cumplirse, como señala Lagier<sup>22</sup>. Si, por tanto, existe una dificultad para establecer qué gradación es suficiente a los efectos de la acreditación epistémica de la hipótesis, no podría existir un umbral de suficiencia general.

---

<sup>18</sup> GONZÁLEZ LAGIER, 2020a: pp. 419-420.

<sup>19</sup> Ellos son: 1) Cuantos más elementos de juicio tengamos a favor de una hipótesis, mejor será confirmada; 2) Cuanto más variados sean los elementos de juicio (que suman información que permita eliminar hipótesis alternativas), mejor confirmada será la hipótesis; 3) Cuanto más pertinentes sean los elementos del juicio (cuanto mejor fundados estén con la hipótesis a través de generalizaciones empíricas fiables), mejor confirmada estará la hipótesis; 4) Cuanto más confiables sean los elementos de juicio (cuanto mejor se basen en otros elementos de juicio, inferencias previas u observación directa, o conocimientos sólidos), mejor confirmada será la hipótesis; 5) Cuanto mejor fundadas esten las máximas de experiencias en generalizaciones inductivas, más sólida será la hipótesis; 6) Cuanto mayor sea la probabilidad inductiva expresada en la máxima de experiencia, más sólida será la hipótesis (las máximas de experiencia tienen la siguiente estructura: Si p, ¿entonces probablemente q?; el grado de probabilidad con el que se relacionan ambos tipos de hechos es relevante para confirmar la hipótesis); 7) La hipótesis no puede haber sido refutada directamente (no se debe probar un hecho incompatible con la hipótesis), ni indirectamente (no se deben refutar las hipótesis que serían verdaderas si aceptamos como verdadera la hipótesis principal); 8) Si las hipótesis derivadas de la principal (las hipótesis que serían verdaderas si la hipótesis principal fuera verdadera) pueden ser confirmadas, mejor confirmada será la hipótesis principal (a través de un argumento de abducción); 9) Cuanto más coherente sea la hipótesis, desde el punto de vista narrativo, mejor será confirmada; 10) Cuantos más elementos de juicio queden explicados por la hipótesis, mejor confirmada será; 11) Cuantos menos hechos no probados exijan la verdad de la hipótesis, mejor confirmada estará; 12) Cuantas menos hipótesis alternativas incompatibles con la hipótesis, se confirma la corrección de la hipótesis principal.

<sup>20</sup> Sobre el problema de la vaguedad, véase DEI VECCHI, 2020a: p. 188, TARUFFO 2015: pp. 115-126 e FERRER BELTRÁN, 2021: p.35.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ LAGIER, 2013: p. 15 y ss.

<sup>22</sup> GONZÁLEZ LAGIER, 2020a: págs. 429 y siguientes.

La estrategia, sin embargo, parece reforzar la necesidad de establecer un umbral mínimo para considerar probada una hipótesis fáctica, en lugar de rechazarla<sup>23</sup>. El argumento parece referirse a la fuerza justificativa de las hipótesis y al grado de coherencia operativa entre las hipótesis corroboradas frente a las demás, lo que prescinde de la definición de un umbral de suficiencia para considerar probada la hipótesis fáctica. Campeón y campeonato no se confunden.

Es necesario establecer un criterio de suficiencia, o un grado suficiente de sustento para calificar una decisión judicial, sobre los hechos, como motivada. En caso contrario, la decisión sobre los hechos se considerará no afectada por el control intersubjetivo. Theodor Adorno ilustra el punto sintéticamente: “la intangibilidad se vuelve inexpugnable<sup>24</sup>”.

Parece obvio que las decisiones judiciales deben ser atacables, así como los mecanismos de investigación de los hechos cumplen suficientemente esta tarea, considerando los criterios epistémicos, las normas de la lógica, el sólido conocimiento científico y las máximas de la experiencia y, en particular, superando el estándar de prueba.

Sin embargo, a pesar de que los criterios epistémicos propuestos por Lagier<sup>25</sup> cubren un número suficiente de requisitos metodológicos para creer en la justificación racional de la hipótesis fáctica, basta analizarlos en conjunto para llegar a la conclusión de que se requiere un proceso dialéctico.

No ocurre lo mismo con los acuerdos de culpabilidad, que se dan -principalmente- sin la participación de todos los afectados<sup>26</sup>, además, porque

---

<sup>23</sup> Jordi Ferrer Beltrán sostiene que es necesario considerar los resultados probatorios, de los se presume que cumplen los criterios epistémicos para ser validados, a fin de establecer el grado mínimo de suficiencia que debe alcanzar una proposición para considerar probada la hipótesis. (FERRER BELTRÁN, 2021: pp. 39 y sigs.).

<sup>24</sup> ADORNO, 2009: pág. 59.

<sup>25</sup> GONZÁLEZ LAGIER, 2020a: págs. 419-420.

<sup>26</sup> En el siguiente capítulo refutaré el interés exclusivo de las partes en la persecución penal, simplemente enfriando el debate al informar que las hipótesis probatorias ofrecidas -lo que ocurre en la transacción penal- pueden afectar derechos de terceros, así como afectar el sistema de reproche de las conductas desviadas del Derecho. Adoptaré el fundamento anclado en la dogmática penal por Gunther Jackobs (JACKOBS, 2003: p. 10 y ss.), para quien la expectativa de validez de la norma consecuente es una condición que justifica la pena, una razón que legitima la intervención estatal. Lo mismo reafirma Winfried Hassemer (HASSEMER, 1995: p.23-36), sobre el poder simbólico del derecho penal, sustentado en las diferentes teorías que justifican la pena, cuyo ejercicio pretende orientar sobre cuál es la conducta legalmente aprobada, promover la reinserción social del condenado y la afirmación de las normas fundamentales vigentes, perspectiva que ejerce un poder simbólico frente a la comunidad. La puesta en peligro de un valor jurídico relevante afecta, por tanto, a toda la justicia penal.

renuncian al sistema acusatorio. No existe, necesariamente, pretensión resistida en medio de los acuerdos de culpabilidad, que se caracterizan por la convergencia de intereses entre la acusación y el acusado, destinatario de posible arbitraje negocial de responsabilidad penal.

Esta circunstancia nos obliga a admitir la exigibilidad de criterios epistémicos aplicables<sup>27</sup>, en el ámbito de las transacciones penales, que distribuyen competencias probatorias para la realización de un contradictorio inferencial. El problema de definición en cuanto a la escala de esos criterios<sup>28</sup> para crear la hipótesis fáctica persistirá. La objeción, sin embargo, refuerza la necesidad de formular estándares destinados a los acuerdos de culpabilidad, al punto que es necesario definir diferentes estándares de suficiencia, respetando cada etapa procesal.

Los estándares de prueba a formular a los efectos de la transacción penal<sup>29</sup> deben considerar dos momentos<sup>30</sup> distintos y consecutivos<sup>31</sup>: 1) la admisibilidad y justificación de las proposiciones fácticas a deducirse del acuerdo; 2) el momento de la concesión definitiva de los premios acordados<sup>32</sup>.

En un primer momento, el estándar debe cumplir con requisitos epistémicos y establecer un umbral de suficiencia para la admisibilidad del acuerdo, que es aplicable -de manera equivalente- a la admisibilidad del proceso penal. Hay dos aspectos principales: i) la necesidad de conformar el conjunto probatorio que reúna toda la prueba constitutiva del arbitraje de responsabilidad proyectado, la imputación, considerando el grado de sustento que las pruebas ofrezcan a favor de la hipótesis fáctica pactada y, ii) la voluntad de las partes.

---

<sup>27</sup> En síntesis, es innegable el cumplimiento de requisitos epistémicos a los efectos de justificar racionalmente la hipótesis fáctica, siendo necesario formular requisitos procesales que al menos acrediten la superación de un umbral de suficiencia, aunque específicamente diseñado para los acuerdos de culpabilidad que renuncia al sistema acusatorio.

<sup>28</sup> Daniel González Lagier afirma que los criterios epistémicos permiten una comparación ordinaria de las hipótesis. Véase GONZALEZ LAGIER, 2020a: pp. 429 e ss.

<sup>29</sup> Al proponer estándares individualizados para los acuerdos de culpabilidad, me adhiero a la concepción de contextualización (FERRER BELTRÁN, 2021: p. 140), que propone la ponderación de los valores políticos morales en juego para establecer un umbral de suficiencia.

<sup>30</sup> Destaco, que en los acuerdos que resultan en la exención de enjuiciamiento (no persecución [EE.UU.] y Acuerdo de No Persecución Penal (Brasil) no hay extinción del segundo momento, sino su reunión en el mismo procedimiento.

<sup>31</sup> En la misma línea, véase Jordi (FERRER BELTRÁN, 2021: pp. 100 a 107).

<sup>32</sup> Parece razonable exigir un estándar de suficiencia probatoria compatible con la condena, dado que toda terminación del acuerdo, por no cumplir con las expectativas legítimas inherentes, reinicia el proceso penal.

El estándar probatorio, además, racionaliza la distribución de competencias en relación con las facultades probatorias de los interesados, ya que obliga al juez a valorar la suficiencia frente a las pruebas de cargo y las alternativas. De lo contrario, la decisión pasaría a la acusación y al imputado, quienes no tienen potestad jurisdiccional y no deberían tenerla.

Esta afirmación parece estar justificada por la necesidad de controlar los actos procesales y el ejercicio del monopolio para sancionar del Estado-Juez, desinteresado en la resolución de la demanda. Además, revela las precauciones respecto de quienes reivindican el carácter contractual de la transacción penal<sup>33</sup>. La repercusión de la libre distribución de facultades probatorias parece adherirse a, o alentar la adopción de estándares particularistas, pactados exclusivamente<sup>34</sup> por las partes, sin el debido control judicial.

Otra adhesión al particularismo<sup>35</sup>, si se adopta la concepción contractualista<sup>36</sup> en los acuerdos, está en el argumento de que cumplen objetivos específicos, adoptando atribuciones basadas en costos y beneficios para las partes.

El contraargumento radica en la necesidad de controlar intersubjetivamente las decisiones, impidiendo al responsable de la decisión probatoria de los acuerdos

---

<sup>33</sup> Argumento que no puede haber disposiciones exclusivamente probatorias que reflejen plenamente los intereses de las partes en los acuerdos de culpabilidad. Si es así, será una herramienta estratégica para ejercer la opresión y el miedo. Los acuerdos no son equitativos y no prevén sanciones en caso de incumplimiento por las dos partes.

<sup>34</sup> Sostengo que los acuerdos penales que vinculan sólo intereses entre las partes son terreno fértil para el autoritarismo. Para justificar mi afirmación invoco la idea de dispositivo, esbozada por Geraldo Prado (PRADO, 2019: pp. 31-39), al admitir que existen otros intereses conjuntivos a la investigación de la verdad, que operan sistemas penales de carácter autoritario, como ocurre en Brasil. El dispositivo opera con credenciales epistémicas estipuladas para lograr el propósito de determinar la verdad de los enunciados proposicionales bajo un contexto específico, consistente en un límite a la configuración del conocimiento a través de “reglas internas del ejercicio del razonamiento”. Prado ajusta la idea de indicador epistémico a la teorización del dispositivo formulada por Giorgio Agamben (2014: p. 24), refiriéndose al conjunto heterogéneo de elementos discursivos y no discursivos con “una función estratégica concreta y siempre inscritos en una relación de poder”. En este sentido, el dispositivo revela las relaciones de poder y saber que se entrecruzan para formatear operaciones de control y gobernanza. Esta noción es de interés para el presente trabajo, pues admito que existe una represión contra epistémica en cuanto a los acuerdos de culpabilidad, debido a la asimetría de facultades probatorias entre el demandante – acusación – y el demandado – a quien se destina la investigación o el proceso; como pretendo esbozar en el desarrollo de este estudio.

<sup>35</sup> Sobre el particularismo y las objeciones particularistas a la utilidad de formular normas de prueba, véase Jordi (FERRER BELTRÁN, 2021: p. 46).

<sup>36</sup> El Supremo Tribunal Federal, en Brasil, se orienta en el sentido de que la colaboración premiada es una negociación jurídica procesal, sólo las partes pueden impugnar, sin obligar o permitir el control externo de terceros interesados, incluso provocando atenuación del control jurisdiccional. Ver Consulta 4.619/D. Disponible en: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748275194>. Consultado el 25/02/2022.

estipular - frente a criterios político-morales flexibles - el umbral de suficiencia conveniente al caso, que puede desequilibrar el sistema de justicia penal. Por ejemplo, si existe una inclinación a no celebrar acuerdos con un grupo étnico en particular, o exigir deberes desproporcionados para hacerlo.

El segundo momento probatorio, para fines de aplicación de estándares, exige la valoración judicial de una prueba dialéctica fijada a los efectos de la constitución definitiva del premio acordado, con lo que debe exigirse el mismo rigor de un umbral de suficiencia probatoria para la condena o la absolución. Hay dos características fundamentales para otorgarle ventaja premial a lo beneficiario: la utilidad del acuerdo al proceso o investigación y la corroboración de las hipótesis fácticas presentadas por el imputado.

La satisfacción de criterios epistémicos parece requerir la evaluación de hipótesis contrapuestas, lo que llevaría a defender que la validación de los acuerdos de resolución de la demanda requeriría considerar hipótesis fácticas que no provienen sólo de quienes van a celebrar el acuerdo; incluidos aquellos que se ven afectados por ella<sup>37</sup>. Esta es la condición para la constitución definitiva del premio.

Otra explicación es necesaria, porque una clase específica de acuerdos lleva a cabo la renuncia al proceso, sin que se imponga<sup>38</sup> la sanción. Sospecho que hay objeciones a esta afirmación sobre la base de que un estándar de suficiencia no es útil para considerar probada una hipótesis condenatoria que ya ha sido acordada. Dos argumentos bastan para desbaratar esta objeción: 1) los pactos de culpabilidad afectan bienes y derechos, incluidos los de terceros, tutelados penalmente, que son independientes de la pena para cualificar su protección jurídica<sup>39</sup>; 2) Los acuerdos pueden y deben ser revisados si no cumplen con las garantías del debido proceso penal, con restitución del *status quo* procesal

---

<sup>37</sup> Me refiero a los convenios de colaboración probatoria que vinculan a terceros, señalados por el celebrante como autores de delitos penalmente punibles. El énfasis es necesario, debido a los acuerdos que vinculan únicamente al beneficiario y al Estado: en el caso americano: “No Persecución” y el Acuerdo de No Persecución Penal (ANPP) en Brasil, lo que conduce a otro tipo de problemas que abordaremos más adelante.

<sup>38</sup> El caso se aplica a las modalidades de acuerdo en que hay indulto o inmunidad, con reconocimiento de culpa.

<sup>39</sup> Las normas penales cumplen el mandato prohibitivo, pero no sólo. Dan fe de la validez de la regla y brindan orientación sobre qué comportamiento merecerá una reprimenda. Véase MUIR PUIG, 2006: pp.59-71.

aplicable. Creo que no es necesario un mayor desarrollo<sup>40</sup>, ya que son argumentos que se explican por sí mismos.

### **3.2. La disminución de los riesgos de errores y la distribución de los riesgos de errores<sup>41</sup> en los acuerdos de culpabilidad.**

La decisión justificada sobre la premisa fáctica del silogismo judicial debe tener credenciales que acrediten suficientemente que la hipótesis fáctica es verdadera, o que está racionalmente justificada frente a una probabilidad inductiva.

Tal afirmación tiene en cuenta el contexto probatorio, el cumplimiento de criterios epistémicos, la observancia de garantías procesales a las partes, la corrección lógica, el conocimiento científico sólido y las máximas de la experiencia.

Operan dos condiciones: i) existen varios momentos probatorios progresivos que exigen la superación de diferentes grados de suficiencia y; ii) la suficiencia de la prueba evalúa y califica los criterios de justificación de las decisiones judiciales y promueve las garantías de las partes, actuando contextualmente<sup>42</sup> a la distribución de los riesgos de errores en el proceso.

El concepto de riesgo de error judicial está relacionado con la condena del inocente o la absolución del culpable. Por el análisis que aquí se realiza, la verificación de la verdad en proposiciones fácticas en medio de un proceso judicial consistirá en un error por falso positivo cuando se declare probada una

---

<sup>40</sup> En cuanto a los argumentos a favor de los requisitos metodológicos defendidos por Jordi (FERRER BELTRÁN, 2021: pp.29-107), coincido plenamente con los demás: a) apelando a criterios de probabilidad inductiva; b) establecimiento de umbrales de suficiencia distintos y progresivos.

<sup>41</sup> Trataré como equivalentes los errores judiciales relacionados con la ejecución de acuerdos por personas inocentes y los acuerdos no voluntarios, aunque reconozco diferentes especificidades y aplicaciones. Justifico esta opción porque me he concentrado sólo en los aspectos generales del tema.

<sup>42</sup> Jordi (FERRER BELTRÁN, 2021: p. 121) justifica su afirmación a favor de la contingencia de los estándares de prueba para fines de disminución de errores judiciales, debido a los múltiples factores a considerar que no se limitan a superar el grado de suficiencia de la prueba. Entre ellos, destaco el desequilibrio de facultades probatorias entre las partes y la asimetría de facultades probatorias e informativas, en particular, cuando se trata de acuerdos de culpabilidad. Jordi Ferrer recomienda dos estrategias que impactan los errores: a) la disminución de los riesgos de errores frente a la adopción de estrategias que maximicen la inclusión de evidencia relevante y fiable en el proceso; b) la distribución del riesgo de error entre las partes.

hipótesis falsa. Por el contrario, falso negativo, cuando una hipótesis verdadera se declara no probada<sup>43</sup>.

El grado de suficiencia de la prueba exigida y los criterios de justificación de la decisión judicial que se adopten en un determinado diseño institucional operan, aunque de manera contingente, frente a las cifras de error por medio de criterios político-criminales, que deben incrementar redes de protección de garantías para el ciudadano frente al poder punitivo del Estado<sup>44</sup>.

Según Jordi Ferrer Beltrán<sup>45</sup>, los estándares de suficiencia cumplen tres funciones principales: a) proporcionan criterios para justificar la decisión judicial; b) servir de garantía a las partes, en cuanto a las técnicas y métodos de corrección probatoria de que disponen; c) distribuir los riesgos de error entre las partes de forma contingente.

Más incisivamente, Dei Vecchi y Juan Cumiz afirman que: “la suficiencia de la prueba está siempre en función de un juicio de valor resultante de la ponderación de los intereses en juego con los riesgos de error<sup>46</sup>”.

La consideración que se debe hacer es que los riesgos de error judicial están vinculados a las decisiones probatorias relacionadas, lo que requiere el reconocimiento de que el cuerpo de prueba densificado<sup>47</sup> y confiable, en teoría, resultará en menos errores judiciales.

Adoptaré el concepto de peso probatorio para ilustrar la afirmación de que una mayor cantidad de información relevante<sup>48</sup> reduce los falsos positivos y los falsos negativos<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> Jordi has defendido que se tratan de errores materiales, que se distinguen dos errores inferenciales (FERRER BELTRÁN, 2021: p. 115).

<sup>44</sup> Esta afirmación se sustenta en la formulación del proceso como razón operativa de las garantías fundamentales, cuya eficacia sustenta decisiones justas (TARUFFO, 2010: p. 135).

<sup>45</sup> FERRER BELTRAN, 2021: p. 109.

<sup>46</sup> CUMIZ y DEI VECCHI, 2019: p. 53.

<sup>47</sup> Alex Stein distingue el supuesto de adhesión de nueva prueba como un argumento a favor de aumentar la probabilidad de tener una decisión correcta, ya que no hay garantías de que resulte en una disminución del riesgo de errores judiciales. Stein defiende la combinación de inferencias probabilísticas, refiriéndose a la distinción de pruebas que sustentan la decisión, a partir de la dimensión del contenido de la recopilación de información asignada, lo que conduce a la idea de peso probatorio. El peso de la evidencia se suma a la capacidad de sustentar la conclusión debido a la integridad de los argumentos (STEIN, 2013: p. 253).

<sup>48</sup> Las informaciones relevantes consideradas son las permitidas por el derecho.

<sup>49</sup> Sobre el impacto de la noción de peso probatorio en la reducción del riesgo de errores judiciales, ver Jordi (FERRER BELTRÁN, 2021: p. 124).



Mauricio Duce y Baytelman<sup>50</sup> enfatizan la necesidad de instituir estrategias probatorias que apunten a la calidad de la prueba, lo cual es necesario porque existe un impedimento epistémico debido a que suele otorgar mayor credibilidad -credibilidad preconcebida- a una de las partes. El proceso penal suele operar dando mayor credibilidad a la fiscalía. No es diferente en los acuerdos de culpabilidad<sup>51</sup>.

Es necesario establecer la referencia acerca de la aglomeración cuántica<sup>52</sup> de poder que despliega la fiscalía en las demandas penales, lo que provoca, al menos en términos conceptuales, errores judiciales y cambia el péndulo de las cifras de inocentes que realizan pactos o acuerdos involuntarios.

Un estudio empírico coordinado por Mauricio Duce<sup>53</sup> identificó tres problemas comunes, que rigen las cifras de errores judiciales en los acuerdos de culpabilidad. Ellos son: 1) la alta discrecionalidad de la fiscalía para hacer ofertas atractivas; 2) falta de interacción entre los imputados e investigados y sus defensores; 3) escaso control jurisdiccional, especialmente de los tribunales que ejercen el control previo a la demanda judicial.

La estrategia de distribución de los riesgos de errores judiciales, al tiempo que sustenta fundamentos político-criminales a favor del diseño institucional que se adopte, debe adaptarse a la competencia de la actividad probatoria en el ajuste de las metodologías de búsqueda de la verdad, lo que conlleva deberes de complementar la prueba con mayor peso probatorio y la distribución de facultades probatorias entre las partes, como forma de contener las asimetrías. Antonio Vieira<sup>54</sup> señala estrategias probatorias capaces de impactar la ocurrencia de errores en los acuerdos de culpabilidad, ellas son: a) amplio acceso de la defensa al acervo probatorio; b) la obligación de verificar la fiabilidad probatoria; c) control de la admisibilidad de la prueba y, d) establecer requisitos para la corroboración “extrínseca y objetiva” de las hipótesis fácticas acordadas.

---

<sup>50</sup> DUCE y BAYTELMAN, 2004: p. 135.

<sup>51</sup> Véase BIBAS, 2004: pp. 2463-2547.

<sup>52</sup> El término fue acuñado por Bernd Schünemann (SCHÜNEMAN, 2005: p. 30) y utilizado por Geraldo Prado (PRADO, 2014: p. 14) como una acumulación cuántica de poder por parte de la fiscalía.

<sup>53</sup> DUCE, 2019: pp. 55 y ss.

<sup>54</sup> VIEIRA, 2020: pp. 62 y ss.

Debe combinarse un sistema de garantías a favor de la obtención de pruebas densificadas por la pertinencia y confiabilidad de las proposiciones fácticas.

Jordi Ferrer describe un modelo que separa, se aleja de la curva de falsas condenas y falsas absoluciones, como el que rebaja las cifras de errores judiciales: "Así, cuanto más hacia la derecha este la curva de los genuinos culpables y más hacia la izquierda la de los genuinos inocentes, más compatible será establecer una norma de prueba exigente [...]"<sup>55</sup>.

Es claro que los estándares de la prueba representan una salvaguarda, ofreciendo garantías de que la decisión judicial estará suficientemente sustentada en proposiciones fácticas verdaderas, pero son insuficientes para mover el talón del número de errores judiciales, si se los considera aisladamente frente a la aplicación de indicadores epistémicos adecuados y distribución de errores entre las partes.

Merecen atención otras dos variantes, respecto de las decisiones que pretenden distribuir los riesgos de errores judiciales: las presunciones y la carga de la prueba. Haré algunos comentarios, buscando mantener el anclaje en el análisis que propuse: los acuerdos de culpabilidad.

La carga de la prueba, o quién pierde se no aporta pruebas suficientes de su cargo, y las presunciones *iuris tantum*, derrotables por pruebas suficientes en contra, influyen en la distribución de errores judiciales, todavía, en gradaciones diferentes en los acuerdos de culpabilidad.

Las presunciones *iuris tantum* son estrategias probatorias que operan enunciados fácticos, considerándolos probados y proyectando la consecuencia jurídica contenida en la norma sustantiva si no son derrotados por proposiciones fácticas alternativas. Los acuerdos conllevan, al menos, dos elementos que se comportan como presunciones, aunque no lo sean conceptualmente<sup>56</sup>: la confesión condicional de la validez del pacto adquiere carácter probado tras la manifestación unilateral de la parte beneficiada; y la manifestación de la voluntad de las partes como suficiente para probar la voluntariedad.

---

<sup>55</sup> FERRER BELTRÁN, 2021: p. 124.

<sup>56</sup> Justifico este argumento por la adopción apresurada de la confesión como verdadera en las declaraciones de culpabilidad, incluso si no lo es. La confesión es el hecho base por el cual se valida la voluntariedad, sea una inferencia ficta, justificada o no, una suposición, que se comporta como presunción, por ende.

El punto clave es que asumir lo que llamaré conducta presuntiva, referida a los dos elementos que mencioné, redundará en un mayor riesgo de errores para la celebración de acuerdos de culpabilidad y la constitución definitiva del premio. La solución razonable es someter el acuerdo a revisión judicial intersubjetiva y de terceros interesados.

La manifestación de la voluntariedad no prescinde de la prueba en contrario y puede dar lugar a errores judiciales<sup>57</sup> al legitimar acuerdos viciados, de los que me ocuparé más adelante<sup>58</sup>.

La carga de prueba trae otros problemas. Jordi Ferrer Beltrán<sup>59</sup> sostiene que la carga de la prueba proviene de la norma sustantiva. La explicación abreviada es que para aplicar el consecuente de la norma sustantiva se debe operar concretamente la premisa menor del silogismo judicial, para lo cual es necesario aportar prueba constitutiva a favor de la hipótesis fáctica antecedente para que se considere probada. Tampoco importa quién aportó la prueba, sino el resultado de la inferencia probatoria para lograr el reproche contenido en la norma sustantiva.

En este sentido, no hay – o no las puedo asimilar - buenas razones para defender metodologías probatorias que alteren la carga de la prueba en las transacciones delictivas, aseveración que alcanza el aspecto dinámico de la producción de la prueba. Las partes tienen responsabilidades correspondientes y complementarias en cuanto a la calidad de la prueba, en la modalidad consensual.

Ocurre que ambas partes deben presentar pruebas que constituyan la hipótesis de hecho otorgada. La convergencia de intereses no puede implicar adhesión o sustracción combinada de las proposiciones, es decir, no constituye una renuncia necesaria a reunir evidencia suficiente para atestiguar como probada

---

<sup>57</sup> No parece haber ningún prejuicio conceptual en admitir la aceptación del acuerdo y el ofrecimiento de un premio como un error judicial si una persona inocente llega a un acuerdo de culpabilidad o, si hay una celebración no voluntaria, considerando la formalidad y requisitos sustanciales para ello: voluntariedad, asistencia profesional de la defensa, mínimo sustento probatorio, simetría de la información, barreras de *overchanging*, utilidad de la prueba aportada para el propósito de determinar la verdad, costos probatorios estatales calibrados por el ofrecimiento de proposiciones fácticas por parte del colaborador (eficiencia del acuerdo), entre otros.

<sup>58</sup> El capítulo será tratado en el ítem 3.2.a y 3.3.

<sup>59</sup> FERRER BELTRAN, 2021: p. 131.

la hipótesis<sup>60</sup>, factor que empeoraría la calidad probatoria e implicaría una deficiencia epistémica y necesaria invalidez del acuerdo.

La acusación tiene deberes que reivindican un aumento del peso probatorio a favor de la justificación epistémica del acuerdo de culpabilidad, en cuanto a la suficiencia de las proposiciones fácticas objeto de la transacción, consideradas como probadas, a los efectos de la celebración y adjudicación definitiva del premio<sup>61</sup>.

Esta aseveración parece estar justificada como consecuencia de una posible revisión del contrato: i) no poder aprovechar el acervo probatorio objeto de la operación delictiva, si se revisa el contrato, y ii) se pierde contenido informativo que podría impedir que el Estado atribuya responsabilidades futuras a los imputados. Los dos operativos impactan a la distribución de riesgo de errores en los acuerdos.

Asimismo, el beneficiario del convenio deberá acreditar prueba que sustente suficientemente las proposiciones de hecho objeto del acuerdo, de lo contrario, perdería el premio o el derecho de usufructo del premio a ser otorgado<sup>62</sup>.

Ambos tienen la obligación de presentar todas las pruebas de que dispongan, lo que constituye el requisito de ofrecer a la parte toda la información que posea, so pena de dopaje<sup>63</sup> y nulidad del acuerdo<sup>64</sup>.

Con estas consideraciones, creo haber llegado a los aspectos conceptuales - aunque no los he agotado- que justifican la necesidad de formular estándares probatorios a los efectos de celebrar acuerdos de culpabilidad y otorgar los premios, considerando el modelo que propuse en el párrafo anterior, en el capítulo precedente, y la exigencia de observar variantes que pudieran modificar el número de errores judiciales en los acuerdos.

---

<sup>60</sup> En mayor razón, las proposiciones de hecho que proyectan la responsabilidad de terceros.

<sup>61</sup> Hago esta distinción para aclarar la necesidad de dos estándares distintos y progresivos en cada etapa del acuerdo.

<sup>62</sup> Tal aseveración parece adaptarse a las consideraciones que Jordi (FERRER BELTRÁN, 2021: p. 154) hacía sobre el coste relacionado con la gravedad del error, que se puede traducir –sin perjuicio conceptual– a los acuerdos de culpabilidad. El error podría hacer inviable la pena, añadiendo otro error sustancial: el coste de las falsas absoluciones (ídem: p. 160).

<sup>63</sup> Los casos de dopaje los trataré en el punto 3.3.b de este trabajo.

<sup>64</sup> Este fundamento se aplica metodológicamente a la formulación de un estándar probatorio en la primera fase, la validación de las pruebas presentadas a la transacción.

### **3.2.a. Apuntes distintivos en los acuerdos cuanto a la disminución de los riesgos de error y la distribución de los riesgos de error.**

Existen dos estrategias para modular y clasificar los riesgos de error inherentes al razonamiento judicial: la disminución de los riesgos y la distribución de los riesgos de error. La primera consiste en la reducción de las cifras de error, correspondiente a la mejora de la actividad y calidad probatoria, en cuanto a la elevación del peso probatorio, las inferencias y la fiabilidad.

La distribución de los riesgos de error implica admitir la fuerza operativa de la fijación de un umbral de suficiencia probatoria capaz de modular el grado de exigencia probatoria suficiente para que el riesgo de error de una determinada clase recaiga legítimamente sobre el acusado o la acusación.

La relación entre la distribución del riesgo de errores y los estándares de prueba, a la vez, no autoriza a establecer una acción causal entre ellas, debido a otras variables que inciden en los errores judiciales y a la incapacidad de medir concretamente, de manera segura, cada tipo de error – falsas condenas o falsas absoluciones – ocurrieran en una serie histórica.

El hecho es que atribuir el riesgo de errores a una u otra parte no importa por igual, debido a los costes que soporta cada parte en una determinada clase de errores.

Hay dos clases: i) el error consistente en un falso positivo admite que se ha probado una proposición falsa; ii) el error de falso negativo declara que no se ha probado una proposición verdadera.

Aplicado a los acuerdos de culpabilidad, hay una distinción relevante: el pacto negociado de un inocente equivale a un falso positivo. Lo mismo ocurrirá en los acuerdos involuntarios, en los que el acusado tendrá un mayor coste, lo que debe considerarse a efectos de establecer el umbral de suficiencia probatoria en los falsos positivos.

El falso negativo será diferente. En el caso de que no haya acuerdo de un culpable, este se someterá a un proceso ordinario, no existiendo una causalidad necesaria a favor de la falsa absoluciones, siendo irrelevante a efectos de distribución de los riesgos de errores la formulación de estándares específicos cuanto a ese tipo.

Esta afirmación lleva a la conclusión de que sólo una clase de distribución del riesgo de error requiere una atención especial, relativa a la formulación de

estándares para los acuerdos de culpabilidad, de ello se deduce que la relación establecida entre la reducción del riesgo de error y la distribución del riesgo de error deja de ser subsidiaria y se convierte en consecuente, lo que implica admitir que las estrategias de distribución de riesgo de errores vinculan las de disminución de los mismos, en los acuerdos de culpabilidad.

### **3.3. El diseño institucional como inductor de déficit epistémico y riesgo de errores en los acuerdos de culpabilidad.**

Los argumentos ganadores<sup>65</sup> a favor de la expansión de los dispositivos de resolución penal y justicia negociada en el ámbito penal se basan en dos núcleos esenciales: la eficiencia y los costos de la justicia penal<sup>66</sup>. Aunque las distinciones conceptuales no son objeto de este trabajo, parece razonable hacer breves comentarios.

La eficiencia y costos de los procesos sustentan la justificación a favor de los métodos consensuales frente al deber de evitar dilaciones indebidas y prolongaciones procesales<sup>67</sup> que revelarían una supuesta quiebra del sistema de justicia, desacreditando la eficacia de las normas prohibitivas y la propia facultad de castigar del Estado. Tal aseveración es objeto de normas codificadas en varios reglamentos<sup>68</sup>, entre los que se encuentra la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (LINDB). En el continente europeo, el art. 6.1

---

<sup>65</sup> Hay otros buenos argumentos, por ejemplo: la dificultad de ordenar el acervo probatorio en delitos de alta complejidad, la protección de ventajas empresariales a los colaboradores procesales, el desmantelamiento de organizaciones criminales complejas y difusas, entre otros.

<sup>66</sup> Otros argumentos, que parecen tener menos peso, pero son comunes: a) herramientas para combatir el crimen; b) maximizar la producción delictiva, la resolución de demandas, afectando la percepción de impunidad; c) intereses de las víctimas. Todos los argumentos, sin embargo, parecen encajar con los dos argumentos prevalecientes.

<sup>67</sup> El Informe *The Disappearing Trial* señala que 66 países, de los 90 analizados, adoptan modelos de resolución consensual de demandas, con abreviatura o renuncia del proceso. Disponible en: <https://www.fairtrials.org/articles/publications/the-disappearing-trial/>. Consultado el 18/01/2022.

<sup>68</sup> El art. 20 de la Ley 13.675/2018, que mejoró la legislación, exige la evaluación de los efectos prácticos de la decisión, a fin de verificar su eficacia. En el artículo 26, permite la realización de convenios entre las partes como estrategias relativas a la ejecución de justicia negociada entre las partes en favor de la seguridad jurídica o situación contenciosa. El Código Procesal Civil Brasileño regula la materia en los arts. 190 y 373, §3. En jurisdicción penal, las Leyes núm. 8.072/90; nº 9.034/95; no. 9.099/95; no. 12.850/13; no. 8.137/90; no. 9.613/98; nº 9.807/99; Nº 11.343/2006; no. 13.964/2019. En los EE.UU., las *Federal Rules* rigen la materia ampliamente: *Rule 11 y 6* (culpable o *nolo contendere*); *Rule 410* (Alegatos); los Principios del Procesamiento Federal. En Chile, el Código Procesal Penal (Ley 19.696/2000) regula los procedimientos de transacción.

del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Resoluciones 87, nº 18, y 75, nº 11, del Consejo de Ministros de Justicia de Europa, versan sobre el tema. Todavía, existe la Resolución núm. 45/110 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que fomenta los acuerdos consensuados.

Además de tener un listado exhaustivo de legislación, es el fundamento matriz el que merece ser confrontado. La eficiencia y los costos del proceso no sólo retratan problemas intrínsecos al funcionamiento de la justicia penal, sino que se fundamentan en la necesidad de resolver problemas derivados de la seguridad y el presupuesto público, cuyo cruce conceptual se aparta del Derecho.

Lorena Bachmaier hace la salvedad de que la eficiencia y los costos no caracterizan “parámetros para medir la justicia”, sino que deben ser tomados en cuenta. Bachmaier opina que la ampliación de las disposiciones penales consensuales revela la falla del sistema de justicia en tiempo y costos razonables. Sin embargo, no parece haber ninguna propuesta de cambio significativo.

Según un estudio del *National Registry of Exoneration* (NRE)<sup>69</sup>, hasta 2018 se cumplieron en Estados Unidos 2.080 años de prisión de personas inocentes, lo que resultó en una indemnización de US\$ 2.200 millones por parte del Estado, que debe ser considerada para la fines de cuantificación de costos, sumados a los no cifrados: desconfianza en el sistema de justicia<sup>70</sup>, acuerdos de culpabilidad que prevén discriminación social y racial<sup>71</sup>, reforzamiento de la opresión policial y técnicas autoritarias de investigación, entre otros.

La eficiencia, así, está ligada al resultado persecutorio. Hay un estímulo hacia el crecimiento del número de presos y condenados. Pero eso, no va bien. Hassemer<sup>72</sup> apunta al carácter multifacético del castigo y los juicios judiciales

---

<sup>69</sup> Disponible en: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx>

<sup>70</sup> La publicación *Fair Trials* concluyó que los acuerdos establecían una renuncia a juicio con el fin de "poder procesar rápidamente una gran cantidad de casos, independientemente de la inocencia o culpabilidad de los acusados". Disponible en: <https://www.fairtrials.org/campaigns/plea-bargaining/>. Consultado el 10/02/2022.

<sup>71</sup> La agencia NER concluyó que: “Los afroamericanos están sobrerrepresentados entre los acusados inocentes que han sido exonerados, y aún más por el tiempo que pasan en prisión por delitos que no cometieron. Representan el 12% de la población, el 46% de los exonerados y el 56% de todos los años cumplidos por los acusados exonerados” pasados en prisión por delitos que no cometieron. Representan el 12% de la población, el 46% de los exonerados y el 56% de todos los años perdidos. Disponible en: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE.20000.Years.Report.pdf>. Consultado el 16/02/2022.

<sup>72</sup> HASSEMER, 1995: p. 23

en sociedades complejas, lo que exige un análisis más allá del carácter productivo, que añade estigma al proceso penal.

Una coyuntura que amplíe los poderes persecutorios o altere la percepción de control sobre la pena y el castigo, características de la justicia penal de negociación, es compatible con los fundamentos de una sociedad de rendimientos<sup>73</sup>.

Los acuerdos de culpabilidad que prescriben movilidad en la distribución de facultades probatorias y aseguran negociaciones discrecionales que modifican la aplicación de sanciones penales, revelan la libre indexación de la determinación de los hechos por el Estado, y apuntan a aumentar las posibilidades de éxito de la acusación.

Byung-Chul Han afirma que “el inconsciente social es inherente al deseo de maximizar la producción<sup>74</sup>”. En el campo legal, el número de acuerdos<sup>75</sup> pertenece a esta lógica, aceptado sin mayores críticas. El fundamento filosófico es suficiente para poner en duda los argumentos prevalecientes a favor de ampliar los acuerdos a expensas de un proceso que maximiza las garantías.

La producción de resultados en el proceso penal no responde fundamentalmente a los preceptos de justicia. Es razonable creer, en este escenario, en un déficit epistémico y, contingentemente, en un aumento del riesgo de error. Geraldo Prado<sup>76</sup> advierte sobre los riesgos de "lavado de pruebas" y sabotaje<sup>77</sup> del proceso, con el objetivo de eludir los controles epistémicos esenciales para el proceso penal. El informe *The Disappearing Trial*<sup>78</sup> concluyó al respecto:

*“At the same time, the diminishing use of trials can threaten human rights protection and the rule of law by sidestepping procedural safeguards and*

---

<sup>73</sup> BYUNG CHUL, 2016: p. 25. El autor argumenta que la sociedad disciplinaria propugnada por Foucault sufrió una fuerte transformación, surgiendo un nuevo paradigma operativo, al que denominó sociedad de rendimiento, caracterizada por una creciente desregulación formal. Es una característica inmanente de esta sociedad, la búsqueda de soluciones interesadas exclusivamente en el resultado a alcanzar, sin mayores prohibiciones en cuanto a los medios.

<sup>74</sup> Ídem, p. 27

<sup>75</sup> Vease VIEIRA, 2020: p. 48; BACHMAIER, 2018: p. 6; DUCE, 2019: p.e.3845; RAKOFF(disponível: <https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>); BIBAS, 2004: p 2470 y ss; LANGBEIN,1978: pp. 3 y ss; SÁNCHEZ e INCHAUSTI, 2018: pp. 12 y ss.

<sup>76</sup> PRADO, 2014: p. 87.

<sup>77</sup> Aunque no es objeto de este artículo, el autor defiende la inconstitucionalidad de los artículos 231 y 569 del Código Procesal Penal.

<sup>78</sup> Disponible en: <https://www.fairtrials.org/articles/publications/the-disappearing-trial>. Consultado el 18/02/2022.



*risking coercion, and undermine the rule of law by reducing public scrutiny of police and prosecutorial practices and rights violations*<sup>79</sup>”.

La NRE<sup>80</sup> revela, en una publicación sobre el tema, que la razón del crecimiento de los falsos positivos tiene causas que denotan un déficit epistémico en cuanto a la determinación de los hechos en los acuerdos de culpabilidad, lo que da fe de defectos en varios diseños institucionales, capaces de dictar reglas y prácticas encaminadas a mayores rendimientos, más celebración de acuerdos de inocentes. En sus palabras: “*Some of the causes of false convictions are well known - eyewitness misidentifications, false confessions, perjury by witnesses who stand to benefit from their testimony, false or misleading forensic evidence [...]*<sup>81</sup>”.

Los elementos estructurales que producen distorsiones a favor de acuerdos injustos<sup>82</sup>, a escala global, también fueron señalados por Mauricio Duce<sup>83</sup>, quien los enumeró, sin agotarlos:

“[...] Por ejemplo, el uso de la prisión preventiva y la privación de libertad; problemas en el cumplimiento de las reglas de descubrimiento de la prueba aportada por la persecución penal; la existencia de normas que permitan a los acusados declararse culpables y ser condenados como tales, manteniendo al mismo tiempo la posibilidad que sustenta su inocencia (conocido como Alford Plea) [...]”.

Se trata de un conjunto de presiones sistémicas, que revelan una despreocupación por la investigación de la verdad. Así concluyó Hessick:

---

<sup>79</sup> Ídem. Trad. libre: “Al mismo tiempo, la disminución del uso de los juicios puede amenazar la protección de los derechos humanos y el estado de derecho al eludir las garantías procesales y correr el riesgo de coerción; y socavar el estado de derecho, al reducir el escrutinio público de las prácticas policiales y la fiscalía y de violación de derechos”.

<sup>80</sup> *Innocence Project* disponible en: <https://es.innocenceproject.org/>

<sup>81</sup> Disponible en :

<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE.20000.Years.Report.pdf>.

Consultado el 18/02/2022. Traducción libre: Algunas de las causas de falsas condenas son bien conocidas: testigos presenciales, identificaciones erróneas, confesiones falsas, perjurio de testigos que pueden beneficiarse, pruebas forenses falsas o engañosas [...].

<sup>82</sup> En el mismo sentido BIBAS, 2004: pp. 2471 y ss; HORNE, 2016: pp. 21 y ss; HESSICK, 2021: p. 172; BOWERS, 2008: pp. 1130-1132; PETEGORSKY, 2013: pp. 3606 -3611.

<sup>83</sup> DUCE, 2019: p.6. Trad. libre: El uso de la prisión preventiva y privación de libertad; problemas en el cumplimiento de las normas de investigación de la prueba que prevén la acusación penal; la existencia de reglas que permiten a los acusados declararse culpables y ser condenados como tales, sin embargo, pueden apelar a favor de su inocencia (la conocida Alford Plea).

*“As long as you are willing to plead guilty to something, some prosecutors do not need a lot of convincing. Their goal is to ensure that the case is disposed of efficiently—that the defendant is convicted and receives at least some punishment. Getting at the truth would require a jury and a trial, neither of which is convenient or efficient, and so prosecutors want to avoid both<sup>84</sup>”.*

No es difícil advertir las distorsiones que produce un sistema entrenado para producir un mayor número de acuerdos, sin la debida atención a las exigencias racionalistas y que no maximiza las garantías. Demostraré algunos factores que catalizan este estado de cosas.

### **3.3.a. Voluntad, confesión y defectos epistémicos.**

El presupuesto formal de validez y eficacia de los acuerdos, tomados como género, es la voluntad<sup>85</sup> del imputado de aceptar los deberes inherentes a su adhesión a la responsabilidad penal propuesta, seguida de la confesión<sup>86</sup>. Bachmaier resume el tema: “para que el acuerdo sea válido, se requiere que el acusado tenga pleno conocimiento y comprensión del contenido del pacto -a qué derechos renuncia- y también cuáles son las consecuencias de su renuncia y aceptación del pacto”.

Sobre qué condiciones la confesión registra una acción voluntaria frente a la constricción de derechos y bienes, es una cuestión que se adhiere a las mayores y diversas recopilaciones teóricas. Los fundamentos de las principales objeciones<sup>87</sup> circunscriben las dificultades epistémicas y la potencial imposibilidad de constatar el voluntarismo<sup>88</sup> frente a un sistema de franca inequidad hacia los imputados.

---

<sup>84</sup> HESSICK, 2021: p.173. Trad. libre: Mientras esté dispuesto a declararse culpable de algo, algunos fiscales no necesitan mucho convencimiento. Su objetivo es garantizar que el caso se resuelva de manera eficiente: que el acusado sea condenado y al menos reciba algún castigo. Llegar a la verdad requeriría un jurado y un juicio, que no son convenientes ni eficientes, por lo que los fiscales quieren evitarlos.

<sup>85</sup> Hay implicaciones frente al voluntarismo en cuanto a la extensión y calidad de la información presentada al acusado, en relación con la que posee el acusador. Abordaré el capítulo en el siguiente tema.

<sup>86</sup> En la legislación brasileña, la exigencia de la confesión voluntaria a los efectos de la validez del acuerdo de culpabilidad regula el art. 3-C, §3 de la Ley 12.850/2013, y art. 28-A de la Ley 13.964/2019.

<sup>87</sup> Véase BIBAS, 2014: pp. 2471 y ss; HORNE, 2016: pp. 21 y ss; HESSICK, 2021: p. 172; BOWERS, 2008: pp. 1130-1132; PETEGORSKY, 2013: pp. 3606 -3611, DIGES, 2016: p. 235 y RISINGER, 2007: pp. 788 y ss

<sup>88</sup> Respecto a las inferencias capaces de probar estados mentales, aplicables también al voluntarismo, Lagier (GONZALEZ LAGIER, 2013: pp. 139 y ss) sostiene que los hechos

Las confesiones involuntarias no pueden validarse. Margarita Diges<sup>89</sup> presenta dos razones fundamentales: a) las confesiones involuntarias no son seguras y confiables, y debe verificarse, para efectos de su admisibilidad, si fueron libres y racionalmente realizadas; b) el debido proceso no se basa en la exclusión de prueba presuntamente falsa, sino que implica prevenir una injusticia en el uso de esa prueba, sea verdadera o falsa. La conclusión es que son inadmisibles las confesiones involuntarias poco fiables y las obtenidas por medios ilegales.

Tras aplicar los dos motivos de la barrera a la confesión, queda al descubierto el control epistémico y judicial sobre el voluntarismo. Diges desarrolla el siguiente razonamiento: “La voluntariedad es un concepto difícil de implementar ya que requiere inferencias sobre el estado mental subjetivo del sospechoso y toca aspectos de confiabilidad y proceso justo<sup>90</sup>”.

A favor de la posibilidad de probar hechos internos, la formulación de Lagier<sup>91</sup> es útil, por superar las objeciones que se refieren a la no cognoscibilidad de los estados mentales. Para ello, los hechos internos se presentan como poseedores de marcadores epistémicos que pueden ser probados. Están dirigidas a un resultado determinado, o están ancladas en razones que se sustentan en creencias racionales, apuntando a lograr el objetivo más adecuado, expresándose en el sentido de lo que refleja el mejor interés para lograr el fin pretendido. La prueba de la voluntariedad, frente a los acuerdos de culpabilidad, tiene el mismo ámbito de aplicación.

Tal afirmación va en contra de la necesidad de probar la voluntariedad, a los efectos de la validez del acuerdo de culpabilidad, que defendí en el capítulo 3.1. La prueba del voluntarismo no sólo pretende inferir la voluntad del imputado de realizar el pacto negociado, sino investigar otras capas de hechos conexos,

---

internos se encuentran en un contexto de descubrimiento, que reivindica una realidad cognoscible, cuyo valor de verdad o falsedad puede inferirse. Para ello, se debe determinar lo que el autor denomina Principio de Mínima Racionalidad (PRM). El fundamento central es que actuar intencionalmente revela una operación racional. Se deducía así el enunciado prescriptivo de lo que es el PRM: “Si un agente actúa intencionadamente, siempre realiza la acción que cree más adecuada para lograr el fin que persigue”. Lagier refuta el contexto de investigación de los hechos internos, rechazando a los llamados no cognitivistas, para quienes hechos de esta naturaleza están determinados por imputaciones normativas.

<sup>89</sup> DIGES, 2016: p. 206.

<sup>90</sup> Ídem, p. 207.

<sup>91</sup> GONZALEZ LAGIER, 2020: p. 155 y ss.

referentes a la capacidad volitiva<sup>92</sup> concreta y la inteligibilidad<sup>93</sup> del acuerdo. Se trata del descubrimiento de las razones instrumentales que motivaron la manifestación de la voluntad, lo que permite conocer el procedimiento adoptado y los métodos utilizados.

Manifestar afirmativamente la voluntariedad frente a la decisión de realizar el acuerdo requiere de una actividad probatoria previa informada<sup>94</sup>, regulada por un diseño institucional que promueva plenas posibilidades para el ejercicio del derecho de defensa, con asistencia técnica debidamente calificada<sup>95</sup>. Probada la coacción, a su vez, debe practicarse el daño probatorio a quien la provocó. Las pruebas obtenidas deben ser excluidas.

Las circunstancias que sostienen la capacidad de investigar el voluntarismo reafirman la exigencia de analizar, en profundidad, las circunstancias en que, desde la perspectiva del sujeto (características cognitivas y psicológicas), las condiciones en que se encuentra (condiciones inherentes a las pretensiones judiciales a formular) y el grado de sustento fáctico que tienen y la forma de realizar la confesión (métodos y enfoques inculpatórios).

En los acuerdos de culpabilidad, es razonable exigir la demostración de la cadena de inferencias a favor de la voluntariedad, aunque sea contingente,

---

<sup>92</sup> Sobre los errores honestos y los riesgos de error derivados de la psicología del testimonio en los convenios de colaboración premiados, ver VIEIRA, 2020: p. 60

<sup>93</sup> El término es utilizado por Ana Laura Camargo de Castro (2019: p. 69) para referirse a la capacidad de comprender las consecuencias del acuerdo, en particular, la renuncia de derechos por parte del imputado.

<sup>94</sup> Haciendo referencia a los entendimientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de los EE.UU., Petegorsky (PETEGORSKY, 2013: p. 3647) argumenta que hay dos pasos inferenciales para conformar la voluntariedad del acuerdo. En sus palabras: “*When considering Brady challenges to guilty pleas, a court should therefore proceed as follows. First, the court must determine whether the undisclosed evidence can be considered exculpatory. Second, the court must determine if the evidence is material by asking if there is a reasonable probability that the result of plea bargaining would have been different had the evidence been disclosed. If such a probability exists, the guilty plea is not knowing and voluntary, and is therefore invalid*”. Trad.Libre: Al considerar las declaraciones de Brady para confesión de culpa, un tribunal debe proceder de la siguiente manera. En primer lugar, el tribunal debe determinar si las pruebas no reveladas pueden considerarse exculpatórias. En segundo lugar, el tribunal debe determinar si la prueba es material preguntando si existe una probabilidad razonable de que el resultado del acuerdo hubiera sido diferente si las pruebas hubieran sido reveladas. Si existe tal probabilidad, la declaración de culpabilidad no es consciente y voluntaria y, por lo tanto, no es válida.

<sup>95</sup> En el famoso caso Brady (397 U.S. at. 754) la Corte Suprema de los EE.UU. descartó la coerción por considerar que el acusado fue asistido por una defensa técnica, sin presentar mayores consideraciones sobre la coercibilidad sistémica e instrumental, que afecta al defensor, por razón de intereses económicos y en la resolución de demandas abreviadas. El caso Brady comprende la llamada trilogía Brady, que consiste en el caso Brady vs. Nosotros, Parker vs. Carolina del Norte y MacMann vs. Richardson. Véase BLANK, 2011: p. 2019 y siguientes.

frente a la exigencia de corroboración de los hechos típicos confesados<sup>96</sup>, lo que pone su interés en buscar la resolución más adecuada para su caso, dado que el acuerdo está condicionado a la suficiencia probatoria de la prueba inculpatória y a la utilidad - la relevancia del acervo fáctico frente a la imputación proyectada.

Se prestó especial atención a los derechos y garantías de los acusados<sup>97</sup>, tal como los desarrolla la jurisprudencia llevada a cabo por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Son variados y numerosos los análisis sobre las prácticas coercitivas y la manipulación de factores que estimulan la confesión positiva y la declaración de voluntariedad coercitiva.

La prevención de acciones defraudatorias, hipotéticamente, lleva a cabo el control de los acuerdos firmados por personas inocentes, que fueron convencidas ilícitamente para realizar la transacción penal<sup>98</sup>. Drizin y Leo<sup>99</sup> (2004) concluyeron, analizando las prácticas forenses en los EE. UU., que existía un ambiente dedicado a aumentar la ansiedad y la persuasión para confesar<sup>100</sup>.

Diges compiló estudios<sup>101</sup> que revelan una causa recurrente de confesión para ganancias instrumentales inmediatas, que él llama confesión forzada por

---

<sup>96</sup> Vale la pena señalar los riesgos epistémicos de las pruebas testimoniales, que no van acompañadas de elementos corroborantes. Las credenciales valorativas se aplican a la manifestación de la voluntariedad y la confesión a las debilidades de la prueba testimonial, dado que los acuerdos consensuales parten de testimonios calificados por el premio y están sujetos a los mismos vicios epistémicos señalados por la psicología del testimonio. Véase Vitor de Paula Ramos (DE PAULA RAMOS, 2019: p. 168), sobre el capítulo y atributos de los falsos recuerdos y la mentira involuntaria.

<sup>97</sup> La Corte Constitucional de los Estados Unidos de América estableció el deber de informar los derechos del imputado al momento de la detención luego del caso paradigmático *Miranda vs. Arizona* (384 U.S. 436: 1966) y, en particular, estableció el deber de presentar todas las pruebas obtenidas por la acusación al acusado, que se consolidó a partir de las Reglas Brady (*Brady vs. Maryland*, 373 U.S. 83). Otro caso paradigmático, *Estados Unidos vs. Ruiz* (395 U.S. 622: 2002), la Corte se pronunció sobre la necesidad de una confesión informada — equidad de información entre la acusación y la defensa— y una confesión voluntaria como fundamento de la validez de la prueba.

<sup>98</sup> Ilustra mi conclusión de afirmación publicada por *Innocence Project* que demuestra los riesgos de falsas declaraciones de culpabilidad, debido a factores coercitivos: “Los inmigrantes latinos y las personas inocentes corren más riesgo de declararse culpables de delitos que no cometieron bajo la amenaza de deportación, al mismo tiempo, los agentes del orden público han utilizado la condición migratoria de los testigos para manipular sus testimonios”. Disponible en: <https://es.innocenceproject.org/por-que-las-personas-latinas-son-especialmente-vulnerables-a-una-condena-injusta/>.

<sup>99</sup> DRIZIN y LEO, 2004 *apud* DIGES, 2016: p. 209.

<sup>100</sup> En el mismo sentido, estudios realizados por RATTNER (1988); BEDAU y RADELET (1987); GUDJONSSON (1992) y OFSHE (1989).

<sup>101</sup> Véase WIGMORE, 1970: p. 344; GODJONSON, 1992; KASSIN e WRIGHTSMAN, 1985.

conformidad. Reproduzco tus palabras: “la ganancia instrumental es un escape de una situación intolerable o estresante, y aunque el sospechoso es menos consciente de que está en desventaja, cree que la ganancia tiene un valor mayor, que su abogado puede arreglar después<sup>102</sup>”.

Sumado a la confesión forzada por interiorización<sup>103</sup>, cuando las presiones sufridas introducen al sospechoso en la falsa creencia de haber cometido una conducta prohibida, se encuentran las dos causas más frecuentes de errores judiciales que aumentan el número de inocentes que se declaran culpables. Langbein detalla el problema:

*“Alas, these safeguards never proved adequate to overcome the basic flaw in the system. Because torture tests the capacity of the accused to endure pain rather than is veracity, the innocent might (as one sixteenth-century commentator put it) yield to “the pain and torment and confess things that they never did”<sup>104</sup>”.*

Al contrario, Bowers declara su apoyo a la manifestación de culpabilidad por parte de personas inocentes, con el fin de dotar a una resolución de mayor previsibilidad, argumentando que:

*“[...] but to force an innocent defendant - who, by her nature as innocent and facing criminal charges, has already been systemically abused once - to risk, against her will, an uncertain trial with significant downside. Yet, that is precisely what some commentators and courts piously demand when they insist that the innocent should never plead guilty”<sup>105</sup>”.*

El esfuerzo retórico de Bowers, sin embargo, no parece defendible, si adoptamos un contexto probatorio racionalista, aplicado a los acuerdos de culpabilidad. La amplia aceptación de los medios de coerción no es consistente

---

<sup>102</sup> DIGES, 2016: p. 239.

<sup>103</sup> Diges afirma que hay tres modelos de confesiones: 1) confesiones voluntarias; 2) confesiones forzadas por conformidad; 3) confesiones forzadas por internalización.

<sup>104</sup> LANGBEIN, 1978: p.7. Traducción libre: Desafortunadamente, estas salvaguardas nunca demostraron ser adecuadas para superar la falla básica del sistema. Dado que la tortura pone a prueba la capacidad del acusado para soportar el dolor en lugar de la veracidad, el inocente puede (como dijo un comentarista del siglo XVI) ceder al "dolor y tormento y confesar cosas que nunca hizo".

<sup>105</sup> BOWERS, 2008: p. 1158-1159. Trad. libre: Obligar a un acusado inocente -que, por su naturaleza inocente y por enfrentar cargos, ya ha sido sistemáticamente abusado una vez- a arriesgarse, contra su voluntad, a un juicio incierto en desventaja significativa. Sin embargo, esto es exactamente lo que piadosamente exigen algunos comentaristas y tribunales cuando insisten en que los inocentes nunca deben declararse culpables.

con el proceso de garantía, cuyo objetivo es reducir los llamados *dopajes* de los acuerdos.

### **3.3.b. El dopaje de los acuerdos de culpabilidad: cobro excesivo, publicidad opresiva, juicio mediático, asiento del conductor y el aparato de opresión como marcadores de acuerdos epistémicamente injustificados.**

Trataré como género los diversos métodos de coerción que desestabilizan el voluntarismo en los acuerdos consensuales, que reuniré bajo el epígrafe de dopaje. El objetivo es centrarse en la facultad de otorgar errores, frente a acuerdos involuntarios e inocentes.

El incentivo para formular y aceptar acuerdos de culpabilidad no se basa en fines de búsqueda de la verdad. Considerando el número de acuerdos de inocentes, existe una fuerte insuficiencia sustancial, verificada por el desequilibrio de fuerzas a favor de la acusación y el temor a errores judiciales. Desequilibrio que puede perturbar la capacidad de proponer acuerdos válidos. Las especies de lo que denominé dopaje contienen razones de fondo e instrumentales con distintos matices, pero operan resultados en cuanto a la expansión de los errores judiciales. La razón por la que el acuerdo resulta ventajoso para el Estado, en ocasiones, va más allá de los fines principales del proceso. Hessick detalla una de las causas:

*“Once I started learning about forfeiture and fees, it became blindingly obvious that a desire to take money from people is motivating a number of deeply troubling practices in this country. Most of those practices target people who have already been convicted of a crime. But some of these practices are specifically designed to get money from people who have not been convicted. And sometimes the threat of conviction is used as leverage to get that money<sup>106</sup>”.*

Existen dos clases de dopajes identificables, por su afectación a la libre expresión del imputado: a) maximizadores del poder coercitivo intrapersecutorio; b) maximizadores interpersecutorios. El nombramiento

---

<sup>106</sup> HESSICK, 2021: p. 98. Trad. libre: una vez que comencé a aprender sobre subsidios y tarifas, se hizo evidente que el deseo de tomar dinero de las personas está impulsando una serie de prácticas profundamente problemáticas en este país. La mayoría de estas prácticas se dirigen a personas que ya han sido condenadas por un delito. Pero algunas de estas prácticas están diseñadas específicamente para obtener dinero de personas que no han sido condenadas. A veces, la amenaza de condena se utiliza como palanca para obtener este dinero.

obedece a motivos relacionados con los procedimientos sujetos a control judicial, en el primer caso, y estrategias que generan conmoción y reproche público.

En el subconjunto “a”<sup>107</sup> se ubican las estrategias acusatorias que revelan fuerte discrecionalidad para la imputación de conducta grave y la escalada sustancial de la pena deducida en la pretensión de condena inicial (*overcharging*); y el pleno control de la acusación sobre la distribución de las competencias probatorias y la amplia discrecionalidad para acogerse a los beneficios de los acuerdos por parte de la acusación (*drive seat*). En cuanto a los riesgos estructurales resultantes de las prácticas coercitivas intrapersecutorias, *Innocence Project* se expresó:

*“In today’s system, prosecutors—not judges—are placed in the drivers’ seat. Prosecutors largely determine the parameters of the deals they offer—from the charges to the sentences—and can leverage them to pressure even innocent people into pleading guilty”<sup>108</sup>.*

Con mayor énfasis, Stephanos Bibas presenta sesgos en cuanto a los incentivos de los promotores para realizar acuerdos:

*“In addition to lightening their workloads, prosecutors want sure convictions. They may further their careers by racking win-loss records, in which every plea bargain counts as a win risk being losses. The statistic of conviction, in other words, much more than the sentence. Favorable win-loss statistics boost prosecutors’ egos, their esteem, their praise by colleagues, and their prospects for promotion and career advancement”<sup>109</sup>.*

En la misma línea, concluyó el informe *The Disappearing Trial*, sobre los efectos de la monetización del Estado por la justicia penal consensual:

---

<sup>107</sup> No pretendo agotar la lista, sino presentar los métodos más prevalentes y que encuentran mayor resonancia en la doctrina y la investigación sobre el tema. Podrían agregarse problemas en cuanto al déficit de representación técnica del imputado, defectos en cuanto a la suficiencia probatoria de los elementos corroborativos presentados por el imputado, la incapacidad operativa para producir pruebas de descargo, el déficit informativo entre la acusación y imputados, detenciones cautelares y uso de medidas cautelares de bloqueo de bienes y valores cautelares, entre otros. Vea BIBAS, 2004: p. 2470 a 2496.

<sup>108</sup> Disponible en: <https://innocenceproject.org/guilty-plea-campaign-announcement/>. Consultado el 22/02/2022. Trad. libre: En el sistema actual, los fiscales, no los jueces, ocupan el asiento del conductor. Los fiscales determinan en gran medida los parámetros de los tratos que ofrecen, desde las acusaciones hasta las sentencias, y pueden aprovecharlos para presionar incluso a personas inocentes para que se declaren culpables.

<sup>109</sup> BIBAS, 2004: p. 2471.



*“However, other benefits may also be responsible for innocent people pleading guilty, including the excessive use of pre-trial detention pending trial, and the high financial costs of proceeding to trial. The dominance of money bail in many jurisdictions in the US places pre-trial release out of reach for poor defendants, and has been identified as a key driver of plea deals in minor offences<sup>110</sup>”.*

La falla intraoperatoria del sistema de justicia de negociación también fue advertida por Petergosky, quien revela que existen dispositivos de coercibilidad intraprocesal utilizados en los acuerdos. En sus palabras: *“Due process is violated where there is a reasonable probability that the result of the proceeding would have been different had the evidence been disclosed<sup>111</sup>”.*

Las estrategias que apuntan a incinerar reputaciones y crear entornos públicos y privados hostiles a los investigados forman parte del conjunto “b”<sup>112</sup>. Son estrategias de difusión selectiva de investigaciones en curso y su focalización en espacios de cumplimiento (*opressive publicity*). Se utiliza la publicidad de las investigaciones en los medios de comunicación, expediente reconocido como *trial by media*.

Las dos clases de estrategias y acciones estatales desestabilizan los fundamentos de validez de la justicia penal consensual, más importante aún, establecen un sistema de opulencia y desequilibrio entre las partes que se celebran, influyendo en la voluntariedad y la inteligibilidad del acuerdo.

### **3.3.c. Defectos en los lineamientos probatorios a efectos de celebrar acuerdos de culpabilidad.**

En Brasil, después de las actualizaciones legales<sup>113</sup> que crearon nuevos tipos que fomentan los pactos negociados para resolver demandas penales, se

---

<sup>110</sup> Disponible en: <https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/The-Disappearing-Trial-report.pdf>, p. 13. Consultado el 22/02/2022

<sup>111</sup> PETEGORSKY 2013: pág. 3645. Trad. libre: Se viola el debido proceso cuando existe una probabilidad razonable de que el resultado del proceso hubiera sido diferente si la prueba hubiera sido divulgada.

<sup>112</sup> BIBAS, 2004: pp. 2498-2527. O autor comenta sobre el exceso de confianza, el optimismo y la autodefensa, los mecanismos psicológicos de negación, la evaluación de costos futuros, la aversión a la pérdida, la evaluación anclada en casos similares, la incapacidad cognitiva y las presiones sociales, como ejemplos de factores interpersecutorios. Bibas los clasifica, sin embargo, como factores subjetivos o psicológicos.

<sup>113</sup> Las leyes 13.964/2019 y 12.850/13 fueron las principales responsables de la vertiginosa cantidad de acuerdos realizados en Brasil. Datos del Ministerio Público Federal registran que,

estableció un conjunto de reglas relativamente congruentes, que buscan conformar prácticas de negociación dirigidas a los miembros del Ministerio Público y establecer modelos de parametrización de beneficios.

El discurso oficial es consistente con las expectativas legítimas del sistema de justicia: establecer métodos y buenas prácticas<sup>114</sup> que tiendan a una mayor asertividad, transparencia y objetividad, reduciendo el espacio discrecional del Ministerio Público. En la práctica, es difícil inferir la aplicación del alcance teleológico y se perciben abusos.

Recientemente, la Procuraduría General de la República de Brasil desarrolló un sistema en línea<sup>115</sup> que calcula sanciones y multas con el fin de celebrar Acuerdos de No Persecución (ANPP). La metodología consiste en cruzar información en dos etapas<sup>116</sup>: 1) la gravedad del delito, analizada a través de tres variantes (motivación, consecuencia e itinerario); 2) el criterio patrimonial del imputado.

El primer momento evalúa la motivación del delito, seguido del impacto del delito en la sociedad y el *iter criminis*. El análisis califica la conducta, clasificándola en una escala numérica que va desde la letra A (menor gravedad) hasta la letra E, que considera la máxima gravedad enmarcada en la norma entre los requisitos para la aceptación del acuerdo. Posteriormente, se hace un análisis de la renta y patrimonio del imputado. La evaluación realizada después de los cruces establece un parámetro para asumir los beneficios y penalidades a ofrecer.

La objeción al método carece de un desarrollo teórico complejo, ya que se apoya en la ausencia de una mínima actividad probatoria a los efectos de la validez y

---

a abril de 2021, se habían firmado en el país 11,199 Acuerdos de No Persecución. Disponible en:

[http://www.mpf.mp.br/atuacaotematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao\\_anpp\\_webinario-zoom\\_lcff.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacaotematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao_anpp_webinario-zoom_lcff.pdf). Acceso 23/02/2022.

<sup>114</sup> En 2020, la 2ª Sala de Coordinación y Revisión del Ministerio Público Federal, órgano fraccionario que forma parte de la cúpula de la Procuraduría General de la República, encargada de orientar el ejercicio funcional de los integrantes del Ministerio Público Federal, publicó una regla conjunta que compila una recomendación de buenas prácticas para fines de celebrar acuerdos penales de no enjuiciamiento, la orientación conjunta:

<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>

<sup>115</sup> Disponible en: <https://www.anpp.com.br/>. Acceso 23/02/2022.

<sup>116</sup> Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-27/acordo-entre-pgr-stf-defesa-mudar-rumos-processo-penal>. Acceso 23/02/2022.

modulación del acuerdo. La plataforma en línea realiza un juicio automatizado de las estructuras normativas del delito y sus circunstancias, y parece proporcionar preceptos matemáticos probabilísticos para determinar los hechos, lo que ya se analizó en el capítulo 3.1. Además, promueve un modelo de incentivos económicos, criticado por Hessick<sup>117</sup>.

Tal ingeniería de atribución de responsabilidad, por otro lado, tiene el mérito de proponer un modelo cuya discrecionalidad está controlada por la metodología y programación computacional, reduciendo el riesgo de errores ordenados por “*drives seat*”. Lejos de un modelo criterioso, la orientación tiene la potestad de apoyarse en requisitos objetivos para la conformación del acuerdo, aunque prescinda de criterios epistémicos y político-penales en cuanto a la determinación de los hechos.

#### **4. Apuntes para el futuro y sugerencias.**

La expansión a nivel mundial de procedimientos que buscan el consentimiento entre las partes, entre la acusación y la defensa, que prescinden del proceso judicial, exige la adopción de salvaguardias a las garantías y libertades, en particular, en cuanto al rigor probatorio frente a la determinación de los hechos. Geraldo Prado llama la atención sobre la necesidad de adoptar el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal, en particular el artículo 3<sup>o</sup><sup>118</sup>, que tiene mecanismos y materiales para el control de la legalidad de la persecución penal, aplicable también a los acuerdos de culpabilidad.

Sin embargo, un modelo global y de “talla única<sup>119</sup>” no parece cumplir con las especificidades de todos los sistemas legales. Sin embargo, haré un resumen de las características que entiendo como centrales, que deben observarse como mínimo.

El primer punto, es que los acuerdos deben cumplir con requisitos procesales comprometidos a ampliar la calidad epistémica y mejorar los diseños

---

<sup>117</sup> HESSICK, 2021: pp. 97-98.

<sup>118</sup> Art. 3º: “*Cuando los Fiscales estén investidos de facultades discrecionales, se establecerán, en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento*”.

<sup>119</sup> La conclusión se extrajo de las conclusiones contenidas en la publicación *The Disappearing Trial Report*, fl. 72.

institucionales, veamos: i) exigencia de defensa técnica calificada; ii) acuerdo informado e inteligible; iii) aplicación de reglas *Discovery*<sup>120</sup> a las pruebas; iv) control de la confiabilidad de las pruebas provenientes del acuerdo en la etapa previa a la firma del término; v) la depuración de la imputación y la cuantificación de las penas, evitando la coacción<sup>121</sup>; vi) un sistema de pautas controlable intersubjetivamente que permita al imputado reconocer los beneficios a los que tiene derecho; vii) sistema de mitigación de dopaje<sup>122</sup> con el fin de realizar una transacción penal; viii) establecer reglas para sancionar a los agentes públicos que ejerzan ilegítimamente poderes de agencia<sup>123</sup> con el fin de desequilibrar las facultades probatorias del imputado/investigado; ix) derecho a recursos judiciales<sup>124</sup>; x) normas que prohíban el uso de prueba de acuerdos viciados o rescindidos y establezcan responsabilidad por el incumplimiento.

Son necesarias algunas notas prescriptivas, en particular, en lo que se refiere al control judicial y al uso de la prueba producida en el acuerdo rescindido. El informe *The Disappearing Trial* anuncia planteamientos en los que el control judicial es imprescindible:

*“These include: (a) enhanced protection of procedural rights; (b) regulation of benefits offered in exchange for trial waivers, for example by limiting sentencing discounts; (c) limitations on the types of cases or defendants for which trial waivers may be used; and (d) greater judicial oversight over procedural and evidentiary requirements<sup>125</sup>”.*

---

<sup>120</sup> Véase VIEIRA, 2021: p. 65-74.

<sup>121</sup> Bibas nombra presiones e incentivos de los promotores. Entre ellos, la desproporcionada monetización del Estado a través de acuerdos, lo que exige la creación de metodologías fiscalizables y públicas para el cálculo de las reparaciones. Véase BIBAS, 2004: pág. 2470.

<sup>122</sup> Definición de reglas de conducta para los agentes públicos con facultades para celebrar transacciones penales, con el objetivo de establecer el control de buenas prácticas y sanciones.

<sup>123</sup> Me refiero a la obligación de establecer reglas y procedimientos que tiendan a controlar la actividad de investigación y brindar herramientas equitativas para realizar una defensa integral, por ejemplo: acceso a bases de datos y sistemas de depuración, con suministro de claves de control que registren la manipulación y pasos realizados, con el fin de evitar la *fishing expedition*. En este sentido, véase Guizoni da Silva, Benoni Melo e Silva y Da Rosa, 2022: pp. 45-60.

<sup>124</sup> Vinicius Vasconcelos propone, con lo que estoy de acuerdo, la exigibilidad de los controles internos en los órganos de fiscalía, que fue tímidamente establecida en la legislación brasileña, en el art. 28-A del Código Procesal Penal, debido a la vigencia de la Ley 13964/19, que estableció nuevas modalidades consensuales en la justicia penal. Aun así, el autor defiende el control jurisdiccional para evitar “abusos, cuyo riesgo se agudiza en un escenario empresarial”. Véase VASCONCELOS, 2021: p. 9.

<sup>125</sup> Disponible en: <https://www.fairtrials.org/articles/publications/the-disappearing-trial>, p.5. Consultado el 22/02/2022. Trad. libre: Estos incluyen: (a) protección procesal mejorada de

Tales disposiciones consisten en impedir lo que Stuntz define como “*they are items on a menu from which the prosecutor may order as she wishes*”<sup>126</sup>, formateando axiomas que apuntan a establecer límites a la discrecionalidad de la acusación.

El incremento de los dispositivos de control procesal y su perfeccionamiento institucional mira evitar vulneraciones de derechos. Edgar Aguilera señala los sistemas donde los controles judiciales deberían ser más estrictos, en comunidades cuyas ordenanzas están “profundamente arraigadas y propias de modelos autoritarios de búsqueda e impartición de justicia”<sup>127</sup>. ¡Es el caso brasileño!

#### ***4.1. Estándares probatorios suficientes para celebrar los acuerdos: una solución viable.***

Los acuerdos de culpabilidad deben ser objeto de control judicial en cuanto a la determinación de los hechos, si bien, no puede prescindir de una actividad probatoria regulada por estándares probatorios epistemológicamente acreditados y que contengan una traducción político-penal que atienda a la maximización de garantías a los investigados e imputados, reduciendo contingentemente el riesgo de errores.

En los capítulos anteriores propuse la adopción de normas probatorias con el fin de validar los acuerdos de culpabilidad. Son dos diferentes. El primero adherente a la admisibilidad del acuerdo y a los efectos de tener por probada la hipótesis de hecho pactada -equivalente a recibir una denuncia penal- y, posteriormente, el estándar probatorio para el otorgamiento del beneficio pactado, que es consistente con el estándar suficiente para la condena del acusado.

Limitaré el objeto de estudio a ofrecer una propuesta de estándar ya realizada, eximiéndome de una nueva formulación, lo que hago adoptando las

---

los derechos; (b) la regulación de los beneficios ofrecidos a cambio de exenciones de sentencia, por ejemplo, limitando los descuentos de sentencia; (c) limitaciones en los tipos de casos o acusados para los que se pueden utilizar las exenciones a sentencia; y (d) mayor control judicial de los requisitos procesales y probatorios.

<sup>126</sup> STUNTZ, 2004: p. 2549. Trad. libre: son elementos de un menú en el que el fiscal puede pedir lo que quiera.

<sup>127</sup> AGUILERA, 2020, p. 23.

explicaciones formuladas por Jordi Ferrer Beltrán<sup>128</sup>. Dos puntos son importantes.

En primer lugar, sostuve que los procedimientos abreviados de resolución penal en ocasiones no requieren la apertura de un proceso judicial, que combina el procedimiento de admisibilidad con el de la adjudicación inmediata del premio. Se desprende claramente de la afirmación que no hay supresión de un segundo momento, sino una fusión de procedimientos de descubrimiento y verificación. En segundo lugar, admito que la validez del acuerdo de culpabilidad está ligada al requisito de una etapa previa de actividad probatoria inferencial, que debe ser sometida a control judicial.

El umbral de suficiencia fijará un grado en el que la hipótesis se admitirá como probada si se supera. Deben observarse cuatro criterios: 1) la gravedad del error de la decisión sobre los hechos; 2) la necesidad de realizar una ponderación entre clases de hipotéticos errores judiciales para establecer el nivel de umbral de suficiencia; 3) la dificultad probatoria de determinados tipos de hechos; 4) la combinación de las reglas de carga de la prueba con la formulación de estándares probatorios, buscando un sistema de valoración interoperable y armónico.

Se plantean dos cuestiones distintas: 1) los procedimientos abreviados de atribución de responsabilidad o adjudicación de premios procesales, sin el advenimiento del pleito, configuran un acervo probatorio más pobre, en cuanto a la confrontación de la hipótesis por otras alternativas, siendo razonable admitir un estándar menos riguroso; 2) los que requieren un proceso exigen una mayor exigencia probatoria, elevando el grado de suficiencia para el otorgamiento de las adjudicaciones acordadas, en definitiva, integrando, para ello, la exigencia de descartar hipótesis contrarias conjuradas por terceros.

## **5. Conclusión**

Las instituciones estructuradas frente a un modelo de justicia penal que se organiza a través de operaciones que tienden a mayores rendimientos persecutorios se basan en un grado punitivo masivo, concatenando raíces autoritarias del proceso penal y asimilando estrategias de fragmentación social.

---

<sup>128</sup> FERRER BELTRÁN, 2021: pp. 209-225.

Esta aseveración se ve confirmada por el mayor número de acuerdos involuntarios de víctimas habituales de discriminación<sup>129</sup>, como los negros<sup>130</sup> y las comunidades étnicas subrepresentadas frente al aparato de poder.

El control del aparato de justicia penal negociada apunta a ajustar el modelo hacia la brújula de garantías y derechos fundamentales, que exigen la adopción del modelo probatorio racionalista, a los efectos de una adecuada motivación de las decisiones judiciales, por el grado de justificación exigido en visión de las proposiciones que sustentan la hipótesis fáctica.

Dos modelos dispositivos esenciales apuntan a organizar el sistema racionalista de negociación, los estándares probatorios aplicados a los acuerdos de culpabilidad y las estrategias de distribución de riesgos de errores judiciales que, a su vez, operan para reducir el número de acuerdos involuntarios, igualando el sistema de herramientas disponibles para las partes y el juicio, el uso racional de capas de exceso de control y dopajes epistémicos e institucionales.

Finalmente, concluyo que la actividad probatoria no es prescindible a los efectos de la validez y adecuación del acuerdo, en cuanto a la admisibilidad, voluntariedad y utilidad, así como al otorgamiento de los premios pactados, siendo necesario romper con la cultura rentista de maximizar acuerdos, en detrimento de la concepción racionalista de la determinación de los hechos.

### **Bibliografía**

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William, 2015. “Análisis de la prueba”. Marcial Pons.

BACHMAIER, Lorena Winter, 2018. Justicia negociada y coerción. “Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” in Revista General de Derecho Procesal, Universidad Complutense de Madrid, n. 44.

BIBAS, Stephanos, 2004. “Plea Bargaining outside the Shadow of Trial”. Harvard Law Review, vol. 117, n. 8, jun.

---

<sup>129</sup> Véase la cita n. 98.

<sup>130</sup> En Brasil, el 67% de la población carcelaria es negra, según datos del Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN). Disponible en: <https://www.cnj.jus.br/o-encarceramento-tem-cor-diz-especialista/>. Consultado el 03/01/22.

BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio, 2004. “Litigación penal y juicio oral” in Rev. Litigación Penal y Juicio Oral, n. 41. Fondo Justicia y Sociedad (Fundación Esquel – USAID).

BELTRAN, Jordi Ferrer, 2007. “La valoración racional de la prueba”. Marcial Pons.

- 2019. “Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”. Editorial CEJI.

- 2020. “Del Derecho al Razonamiento Probatorio”. Eds. Jordi Ferrer Beltrán, Carmen Vázquez. Marcial Pons.

- 2021. “Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso”. Marcial Pons.

BLANK, Daniel P, 2000. “Plea Bargain Waivers Reconsidered: A Legal Pragmatist's Guide to Loss, Abandonment and Alienation” in Fordham Law Review, vol. 68, 2011.

BOWERS, Josh, 2008. “Punishing the Innocent”. University of Pennsylvania Law Review, vol. 156, n. 5. May, 2008, pp. 1117-1179.

CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni, 2021. “La justificación de la decisión judicial” – trad. Álvaro Núñez Vaquero. 1ª ed. Palestra Editores.

CASTRO, Ana Laura Camargo de, 2019. “Plea Bargaining: Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos” – 1ª reimp. Editora D'Plácido.

CUMIZ, Juan; DEI VECCHI, Diego, 2019. “Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”. Marcial Pons.

RISINGERD. Michael, 2006. “Innocents Convicted: An Empirical Justified Factual Wrongful Conviction Rate” in 97 J. Crim. L. & Criminology, n. 761 (2006-2007).

DIGES, Margarita, 2016. “Testigos, Sospechosos y Recuerdos Falsos. Editorial Trotta.

DUCE, Mauricio, 2019. “Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica” in Revista Derecho (Coquimbo. En línea), vol. 26.

FUMERTON, Richard, 2014. “Epistemología”, trad. Sofia Inês Albornoz Stein e Ramon Felipe Wagner. Vozes.



- FRICKER, Miranda, 2007. "Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing". Oxford University Press.
- HASSEMER, Winfried, 1995. "Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos", en Varios Autores - "Pena y Estado". Editorial Jurídica Conosur.
- HESSICK, Carissa Byrne, 2021. "Punishment without trial: why plea bargaining is a bad deal". Abrams Press.
- LAGIER, Daniel González, 2005. "Quaesti Facti: Ensayos sobre prueba, causalidade y acción". Palestra Editores.
- 2018. "Inferencias, incertidumbre y estándares en el ámbito probatorio" in Hechos y razonamiento probatorio. Coord. Carmen Vázquez. CEJI.
- LANGBEIN, John H, 1978. "Torture and Plea Bargaining" in The University of Chicago Law Review, Fall 1978; 46. 1.
- LAUDAN, Larry, 2013. Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica / trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Marcial Pons.
- MIR PUIG, Santiago, 2006. "Derecho Penal: Parte General". Ed. 8°. Editorial Reppertor.
- PETEGORSKY, Michael Nasser, 2013. "Plea Bargaining in the Dark: The Duty to Disclose Exculpatory Brady Evidence during Plea Bargaining" in 81 Fordham L. Rev. 3599.
- PRADO, Geraldo, 2019. "A cadeia de Custodia da Prova no Processo Penal". – 1. Ed. –Marcial Pons.
- PRADO, Geraldo, 2015. "Transação Penal". Coimbra: Edições Almedina.
- RAMOS, Vitor de Paula, 2019. "La prueba Testifical: del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología". Marcial Pons.
- SCHÜNEMANN, Bernd, 2005. "La reforma del proceso penal". Dykinson.
- STEIN, Alex, 2013. "Contra la 'prueba libre', in Revista de Derecho, vol. XXVI, n. 2. Diciembre.
- STEIN, Alex, 2008. "Foundations of Evidence Law". Oxford University Press, Reimpresión.
- STUNTZ, William J, 2004. "Plea Bargaining and Criminal Law's Disappearing Shadow", in Harvard Law Review, jun. 2004, vol. 117, n°. 8, pp. 2548-2569.
- TARUFFO, Michele, 2020. "Hacia la Decisión Justa". CEJA.

- 2002. “La prueba de los hechos” -. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta.

- 2010. “Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos” Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Marcial Pons.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de, 2021. “Justiça Criminal Negocial e Direito de Defesa: os Acordos no Processo Penal e seus Limites Necessários”. Boletim IBCCRIM, ano 29, n. 344, julho.

- 2020. “As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas”. Revista de Estudos Criminais, v. 19, n. 76, pp. 153-173.

VIEIRA, Antonio, 2020. “Riesgos y Controles Epistémicos en la Delación Premiada: Aportaciones a partir de la Experiencia en Brasil”. Del Derecho al Razonamiento Probatorio. Eds. Jordi Ferrer Beltrán e Carmen Vázquez. Marcial Pons.