

GERALDO PRADO

**DERECHO PROCESAL PENAL
FUNDAMENTOS Y SISTEMA**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2024

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	11
SIGLAS Y ABREVIATURAS	13
PRESENTACIÓN	15
I. PREMISAS	19
1. Premisas: qué es el derecho procesal y cómo se percibe	19
2. Una historia posible de los conceptos de dignidad humana y Estado de derecho en el contexto del proceso penal	27
3. Estado de derecho y proceso penal: aún en el campo de las premisas	50
4. Dignidad humana y proceso penal: aún en el campo de las premisas	76
II. CAMINOS METODOLÓGICOS	89
1. Derecho procesal penal: la aproximación cultural invisibilizada.....	89
2. El paradigma cultural en el ámbito del Derecho procesal penal	93
3. Como utilizar el paradigma cultural en el ámbito del Derecho procesal penal para definir su objeto.....	104
4. La epistemología en el contexto del paradigma cultural aplicado al Derecho procesal penal	111
5. Fundamentos y sistemas: el objeto del libro	136

	Pág.
III. LA JURISDICCIÓN PENAL	139
1. Delimitación del tema: visión tradicional de la jurisdicción penal y su superación.....	140
2. La Jurisdicción penal como ritual.....	160
3. La Jurisdicción penal como poder.....	173
4. Los principios jurídicos relativos a la jurisdicción penal: enfoque cultural.....	199
5. Los principios jurídicos relativos a la jurisdicción penal: imparcialidad, independencia, legalidad, juez natural, juez predeterminado por la ley....	213
IV. EL PROCESO Y LOS SUJETOS PROCESALES	289
1. El proceso penal: una teoría amplia sobre sus aspectos fundamentales (proceso penal negocial, sujetos procesales penales especialmente vulnerables, proceso penal transformativo, proceso penal de las personas jurídicas, proceso penal y delitos de sospecha).....	290
2. El proceso penal como dispositivo. Concepto. Presunción de inocencia. Debido proceso legal y proceso justo. Contradicción.	308
3. Los sujetos: el Ministerio Público, en particular.....	346
V. EL SISTEMA PROCESAL	357
1. Los sistemas complejos.....	357
2. Sistema acusatorio: a título de conclusión.....	364

AGRADECIMIENTOS

A la editorial Marcial Pons, en la figura del Prof. Dr. Marcelo Porciuncula, por la confianza renovada en una idea que abrigamos hace tiempo y por la iniciativa de ofrecérsela al público hispanohablante.

Derecho Procesal Penal: fundamentos y sistema aborda los temas de la jurisdicción penal, el proceso, los sujetos y el sistema desde una perspectiva jurídica crítica que dialoga con las más diversas tradiciones. Creo que las ideas decoloniales que caracterizan la metodología que se adopta en la obra son compatibles con la perspectiva canónica del Derecho procesal penal y, lo que es más importante, pueden contribuir a mejorar esta perspectiva, al reforzar el compromiso del saber jurídico con la defensa del Estado de derecho y la dignidad humana. Además, creo que los temas que se abordan y el enfoque que se les da son de interés general, en el ámbito de la dogmática del proceso penal, lo que, a mi juicio, justifica la presente publicación en español.

A Ratio Legis (Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas), en la figura del Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, y a la Universidad Autónoma de Lisboa (UAL), en la figura del Prof. Dr. Pedro Trovão do Rosário, por la beca de investigación que hizo posible el proyecto del que forma parte el libro *Derecho Procesal Penal*.

Estoy muy agradecido a Caio Badaró Massena, Rayssa Pereira y Felipe Prado por el trabajo de revisión, siempre tan arduo y tantas veces árido, y a Laura Criado Sánchez por la lujosa traducción al español.

De nuevo, a Caio Badaró le agradezco las valiosas sugerencias bibliográficas y la minuciosa investigación jurisprudencial. El *modo* del conocimiento es colectivo. Mi más sincero agradecimiento.

En la medida de lo posible, el libro pretende rescatar la deuda histórica con los saberes decoloniales. Por ello, agradezco a Gabriela Prado que me diera a conocer la obra de Oyèronkẹ Oyēwùmí, que no conocía y que me encantó

de inmediato. Referida de forma directa o indirecta, Oyèronkẹ Oyēwùmí está presente en toda la obra.

A las profesoras y los profesores del campo de las Ciencias Sociales. En tiempos en los que el conocimiento sufre hostilidad, vosotros sois la resistencia democrática.

Como cuento en la presentación, este libro tiene una larga historia. Ahora ya se ha entregado al público, pero ello no impedirá perfeccionarlo, corregirlo y modificarlo en futuras ediciones. Los saberes son dinámicos porque la vida es así.

De todas formas, estos largos años entre la madurez para pensar sobre el proceso penal y compartir con el público el pensamiento, me han permitido conocer un dicho latino que resume todo: *festina lente*. «Apúrate lentamente»¹.

Empiezo el capítulo dedicado a los sistemas procesales citando un pasaje de *Cien años de soledad*, de Gabo —¡disculpen la intimidad!—. En las playas de Trancoso, Bahía, Gabo me conquistó por el brillo en la mirada de a quien dedico mucho más que el libro: ¡gracias, Giselle!

Por último, porque es lo más importante, este libro también acaricia a las nuevas generaciones. Prácticamente es contemporáneo a Pedrinho, el más reciente miembro de la familia, hermano de Malu y Léo. Que el mundo sea generoso con vosotros.

¹ Extraído del bellissimo prólogo de: CARTUM, Leda y NESTROVSKI, Sofia. *As vinte mil léguas de Charles Darwin: o caminho até «A origem das espécies»*. São Paulo: Fósforo-Edições Sesc, 2022. p. 14.

PRESENTACIÓN

En cuanto empecé a escribir un libro sobre los fundamentos del proceso penal, entendí que no conseguiría terminarlo si no buscaba, en las raíces de la sociedad brasileña, la inspiración y la sabiduría necesarias para la tarea.

Sabemos poco de nosotros mismos, sumidos como estamos en un presente que nos angustia. Una doble dimensión se me planteó entonces como desafío: ampliar la percepción y apurar la reflexión.

El proyecto concebido hace casi tres décadas, durante las investigaciones que dieron lugar al libro *Sistema acusatorio*, en un caluroso barrio carioca, donde tenía lugar el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Gama Filho (PPGD-UGF), fue asumiendo un perfil más nítido en los últimos años, motivado por aquellas antiguas instigadoras provocaciones decoloniales de la profesora Helena Theodoro.

El mundo ha cambiado. Claro que las cuestiones relacionadas con el arbitraje de la responsabilidad penal sufrirían un impacto.

¿Cómo entender lo que cambia a una velocidad sorprendente sin dejarse llevar por la falsa creencia de que todo lo que vemos es *genuinamente nuevo*?

Parece obvio, pero compete a quien se responsabiliza de la difusión de ideas subrayar lo obvio tanto cuanto sea posible: si buscamos el conocimiento *siempre* en las mismas fuentes, por más refinadas y sofisticadas que sean, estaremos destinados a obtener *siempre* el mismo tipo de respuesta y reproducir la misma especie de problemas.

Puedo afirmar que un cambio radical y necesario del punto de vista se debe a mucha gente, empezando por Helena Theodoro y mi profesor Afrânio Silva Jardim y sus lecciones en el PPGD de la UGF, en los años 1990. Las lectoras y los lectores lo entenderán al recorrer los «callejones teóricos» que cruzan

las tradicionales «avenidas sistémicas» que, durante los últimos dos mil años, ha construido la cultura jurídica de Europa Occidental.

Las «encrucijadas del pensamiento jurídico», vistas con seriedad académica, hacen que el viejo edificio jurídico-procesal-penal occidental se tambalee.

Por citar solo a gente de mi tierra, de Abdias Nascimento a Davi Kopenawa y de Ailton Krenak a Sueli Carneiro, se elabora una «metafísica de la solidaridad y la diversidad humanas» que consolida una ruptura teórica que no implica abandono del saber jurídico tradicional, sino su conversión en un «saber más», que coexiste e interactúa con otros saberes.

El mundo es multicultural.

En un contexto dominado por una arcaica polarización es fundamental proponer una teoría del proceso penal que presuponga la multiculturalidad y el pluralismo jurídico.

El mayor desafío que se plantea al proceso penal contemporáneo es el de ser adversarial, sin, empero, convertir ese carácter adversarial en un juego meramente performativo, en el que el desempeño procesal de los actores esté por encima de las pautas éticas y del objetivo de buscar la verdad dentro de los límites que la legalidad impone a esta actividad epistemológica.

Cuanto más nos adentramos en un mundo dominado por las imágenes, caracterizado por la irresponsable *solidez* de las primeras impresiones, en una versión híbrida, digital-analógica, en la que se investiga la culpa digitalmente, pero los efectos del castigo se sienten en la realidad de la vida dura, es más urgente volver la mirada a la experiencia histórica del arbitraje de la responsabilidad.

Esta experiencia narra una historia de castigos de la que recordamos más aquellos injustos.

La historia del proceso penal es la historia del error judicial y de cómo enfrentarlo, cohibirlo y evitarlo.

No hay justicia humana sin errores. Pero la reiteración de viejos errores con nuevas vestiduras, de apariencia fidedignas, en una hipotética relación con la verdad, ha de estudiarse desde la perspectiva de los sesgos tan presentes en la historia.

Como ya afirmé en otra ocasión, mis estudios no reivindican la dignidad del oficio del historiador. Siempre recuerdo la advertencia de Perry Anderson, que alude a los peligros de una tarea que se realiza confiando en fuentes secundarias que investigan el pasado remoto (y, añadido, el Derecho extranjero)¹.

¹ ANDERSON, Perry. *Passagens da Antiguidade ao feudalismo*. Trad. de Renato Prelorentzou. São Paulo: Editora UNESP, 2016. p. 8.

He intentado tomar las precauciones de un principiante que recorre los caminos accidentados a los que profesionales competentes dedican toda una vida y, aun así, con la sabiduría propia de la madurez, reconocen que siempre hay más incertidumbres y preguntas sin respuesta que convicciones absolutas y respuestas ciertas.

Por ello, el diálogo con la historia, la arqueología, la antropología, la filosofía, el lenguaje, la psicología y la política es inmensamente deudor del pensamiento crítico dominante en estos ámbitos. Es un diálogo necesario.

Las formas de arbitraje de la responsabilidad penal derivan de decisiones políticas y reflejan vacilaciones, tensiones y la fase de comprensión del mundo como lo viven los miembros de una determinada sociedad.

Estas formas reflejan las creencias del medio social. El carácter litúrgico del ejercicio del poder punitivo, los rituales y las solemnidades del Derecho proyectan en el universo jurídico las teologías que *re-ligan* («religión jurídica») el aparato estatal a las representaciones de justo e injusto, del bien y del mal. La «teología jurídico-penal» a menudo lleva a equiparaciones que *divinizan* el ejercicio de la jurisdicción penal incluso en sociedades que se autodenominan laicas².

A lo largo del trabajo, he buscado disipar las oposiciones binarias que funcionan como mecanismos de «mistificación de la autoridad», manteniendo, sin embargo, distinciones y generalizaciones de carácter institucional que, al no formar «binarios puros», presentan matices que enlazan con la utilidad pedagógica y práctica de las clasificaciones³.

² En 1895, Clovis Bevilacqua, uno de los mayores juristas brasileños de todos los tiempos, publica un artículo titulado *Introdução à história do direito*, en el que, tras una interesante digresión sobre la formación de la cultura jurídica de Occidente, afirma: «Es un hecho indiscutible que el espíritu de religiosidad fue un poderoso agente de la revolución jurídica». Además, añade el jurista cearense: «Por un lado, la religión, imponiéndose como condición vital a la sociedad y el individuo, exigió prerrogativas y garantías especiales para sus representantes. Por otro lado, asociándose a las instituciones jurídicas, les insufló una fuerza más actuante, presentándolas bajo el aspecto sagrado de mandamientos divinos» (BEVILAGUA, Clóvis, *Criminologia e direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 150-151).

³ Debo, sobre todo, a Dominick LaCapra la reelaboración de una noción que me es muy querida desde hace bastante tiempo. El peligroso uso de «binarios puros», como refiere LaCapra, «distinciones llevadas al extremo» con el enorme riesgo de que esas distinciones «no [sean] solo problemáticas, sino más indefendibles y dañinas que otras». Las clasificaciones conceptuales son indispensables para estudiar el Derecho procesal penal. No obstante, debemos protegernos del peligro de derivarnos a un mesianismo o, como afirma LaCapra, «en dirección a la mesianidad, del fundamento “místico” de la autoridad». El cuidado que debemos tener con los «saltos de fe decisionistas» es permanente. El acentuado carácter litúrgico que rodea al ejercicio del poder punitivo, con la arquitectura imponente de los tribunales, las togas y palabras y fórmulas solemnes, la inmutabilidad de algunas decisiones judiciales que se confunden con la *verdad* y la *justicia*, contribuyen a un mesianismo de la jurisdicción penal que lo refuerza una doctrina procesal penal menos *teórica* y más *dogmática*, en el sentido de la expresión de una profesión de fe en categorías jurídicas *puras*. El ejemplo tal vez más evidente de los riesgos que hay que evitar está en el uso de las categorías «acusatorio» e «inquisitivo». Las instituciones concretas se presentan organizadas de forma diferente, en el tiempo y el espacio, pero pese a las diferencias, que estudiaremos, las instituciones