UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPIRITU SANTO

FACULTAD DE POSTGRADO

TÍTULO:

ANÁLISIS COMPARADO DE LAS REFORMAS DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL Y CRIMINOLÓGICOS INTERAMERICANOS

Trabajo de titulación que se presenta como requisito previo a optar el grado de Magíster en Derecho Penal

AUTORES:

Emerson Leonardo Calderón Córdova

Bayron Adrián Espinosa Bravo

TUTOR:

Mag. Santiago Alejandro Ortega Gomero

SAMBORONDÓN, 06 DE ENERO DE 2023

Resumen

En varios sistemas de justicia penal se combinan líderes electos o designados políticamente con servidores públicos de carrera. Este híbrido organizacional crea desafíos en la intersección de responsabilidad democrática y discrecionalidad en la ejecución. En momentos de dificultades en la política de justicia penal, esos desafíos son en gran medida invisibles: el público, los funcionarios electos y la sociedad civil los servidores, generalmente comparten una unidad de interés, nacida de compromisos políticos afines que se han desarrollado con el tiempo. Pero en momentos de transición política, es decir, cuando las preferencias públicas sobre la política de justicia penal están cambiando, la relación entre la burocracia y la democracia puede ser tensa. La demanda pública de cambio puede o no estar de acuerdo con los compromisos, los ideales y la cultura de los actores de primera línea de la burocracia. Los líderes electos son votados con altas expectativas de cambio transformador, pero puede verse obstaculizado por la resistencia institucional al mismo. La burocracia, a su vez, puede tratar de alterar la narrativa política que está alimentando la transición política, complicando aún más el proceso democrático. Y en un sistema en el que el poder legislativo y de ejecución penal se distribuye en diferentes niveles de gobierno con autoridad superpuesta se profundiza la complejidad de la interacción entre el "público" y la burocracia.

Palabras clave: Justicia penal, sociedad civil, democracia.

Abstract

In several criminal justice systems, elected or politically appointed leaders are combined with career public servants. This organizational hybrid creates challenges at the intersection of democratic accountability and enforcement discretion. In times of trouble in criminal justice policy, those challenges are largely invisible: the public, elected officials, and civil society servants often share a unity of interest, born of like-minded political commitments that have developed over the weather. But at

times of political transition, that is, when public preferences for criminal justice policy are changing, the relationship between bureaucracy and democracy can be strained. The public demand for change may or may not be in accordance with the commitments, ideals, and culture of front-line actors in the bureaucracy. Elected leaders are voted in with high expectations for transformative change, but it may be hampered by institutional resistance to it. The bureaucracy, in turn, may try to alter the political narrative that is fueling the political transition, further complicating the democratic process. And in a system in which legislative and criminal enforcement power is distributed among different levels of government with overlapping authority, the complexity of the interaction between the "public" and the bureaucracy deepens.

Keywords: Embezzlement, Principle of proportionality, Penalty, Punitive excess.

Introducción

Las posiciones públicas hacia el crimen y el castigo están cambiando. La ciudadanía alrededor del mundo aprobó referéndums para endurecer las penas de prisión, despenalizar ciertos delitos o fortalecer la supervisión policial. Han presionado a las autoridades para que se comprometan con la reforma policial, tanto con respecto a quién es vigilados y cómo son vigilados. Incluso en varios países se han implementado elecciones de fiscales. No obstante, aunque estos resultados y presiones electorales todavía tienen que ganar fuerza, tampoco están limitados geográfica o culturalmente: han tocado jurisdicciones de norte a sur y de este a oeste. Estos resultados también de acuerdo con las encuestas de opinión pública de los últimos años muestran un fuerte apoyo público para aumentar el encarcelamiento por delitos no violentos, reformar el sistema de fianzas y aumentar la supervisión y la rendición de cuentas de la policía.

Aun así, es pertinente comenzarse a preguntar lo siguiente: ¿cuán receptivo es el aparato de aplicación de la justicia penal a los cambios en las preferencias del público, y qué tan receptivo debería ser? O, para plantear la cuestión de manera más

amplia: ¿cómo es y cómo debería ser la relación entre democracia y burocracia en la justicia penal? La relación es compleja. Los miles de sistemas de justicia penal que colectivamente comprenden la justicia penal alrededor del mundo existen dentro de los procesos democráticos y burocráticos y están sujetos a ellos. El trabajo comparativo tiende para resaltar hasta qué punto la justicia penal es relativamente poco burocrática, al menos en comparación con las democracias con justicia penal inquisitiva.

Pero aquí también existen fuertes elementos burocráticos. Por ejemplo, en los países en los cuales los fiscales jefes (fiscales locales y fiscales nacionales) son elegidos (como en Estados Unidos), toman las riendas de un cargo repleto de funcionarios de carrera, muchos de los cuales iniciaron su carrera mucho antes de la elección y permanecerán mucho tiempo después. Los comisarios de policía son designados por alcaldes electos, pero lideran departamentos de oficiales de policía de carrera. Y a nivel nacional, el principal oficial de la ley de la nación y de cada distrito es designado por el presidente elegido democráticamente; pero ellos lideran a miles de abogados que pasan sus carreras dentro de un Ministerio de Justicia.

Pero también existe sistemas de justicia penal mixtos. Esta investigación explora sus fallas en un momento de transición política. El término "transición política" se emplea para describir un período en el que las preferencias públicas sobre la política de justicia penal están cambiando, provocando efectos electorales palpables, no radicalmente, y no en todas partes, pero en un grado y en un número suficiente y diversidad de jurisdicciones que los observadores serios pueden describir razonablemente como nuevas tendencias políticas.

Estas tendencias generan un cambio a corto o largo plazo. El término "transición" es usado aquí para describir el presente, no para predecir el futuro (o, con excepciones limitadas, para recordar el pasado). Pero los cambios en la política de la justicia penal, incluso aquellos que generan cambios a las leyes penales, pueden no traducirse en cambios en las prácticas de aplicación. Cómo y por qué lo hacen o no, es el rompecabezas clave que presenta nuestro sistema combinado. Frente a las

preferencias cambiantes del público sobre la justicia penal, ¿cómo los arreglos políticos e institucionales permiten o impiden el cambio en la ley?

Para comenzar a desentrañar esta pregunta, esta investigación asume tres tareas principales. La primera es resaltar la ausencia de respuestas en las últimas décadas de teoría que en general ha trazado la relación entre la democracia y la burocracia de ejecución criminal en una era de castigo penal casi uniforme. El segundo es identificar los puntos de partida de una indagación actualizada: las características claves de la dinámica de los organismos encargados de hacer cumplir la ley y que pueden acelerar o retrasar la transición política en la justicia penal y exacerbar o mitigar sus efectos. La tercera tarea es considerar las implicancias de los acuerdos institucionales y políticos actuales para la capacidad de respuesta democrática y legitimidad sistémica. En particular, se explora si la resistencia burocrática en el espacio de la justicia penal es necesariamente antidemocrática, o si lo es—o puede ser—una característica de la justicia penal democrática. Actualizar nuestra evaluación de la relación entre democracia y burocracia de la aplicación penal plantea un subconjunto de nuevas preguntas, entre a ellos: ¿De qué manera la composición del "público"—que varía según la jurisdicción y el nivel de gobierno (local o estatal)— y las influencias sobre la elección de los ciudadano afecta la capacidad de respuesta de los funcionarios del sistema penal en asuntos de aplicación penal?; ¿Cómo afectan los incentivos e intereses de los funcionarios del sistema penal, por un lado, ejecutores de carrera en el otro, y la interacción de los dos afecta la forma en que las opciones de los ciudadanos se traducen a través de las burocracias de aplicación?; ¿Cómo funcionan los arreglos burocráticos verticales dentro del ámbito de la justicia penal?; ¿Impulsa o bloquea los cambios en las preferencias de los ciudadanos?

Estas preguntas se relacionan a una tensión observada desde hace mucho tiempo en la relación democracia/burocracia. Max Weber conceptualizó por primera vez que la democracia dependía de la burocracia para implementar políticas elegidas democráticamente. Esta tensión ha generado investigaciones en los campos de la

teoría política, la administración pública y el derecho administrativo. Pero los estudiosos de la administración de la justicia penal todavía tienen que explorar completamente sus implicaciones para la reforma de la justicia penal.

Marco Teórico

Los estudios sobre justicia penal en la intersección de la democracia y la burocracia son abundantes, pero limitados en aspectos importantes. En primer lugar, la mayoría de los relatos prevén una dinámica política uniforme entre jurisdicciones, en la que las preferencias de las mayorías de votantes interactúan con las burocracias de cumplimiento para producir políticas de cumplimiento agresivas y punitivas. En segundo lugar, al considerar la interacción de la democracia y la burocracia de aplicación, gran parte de la literatura elude las distinciones entre los líderes políticamente más responsables de las burocracias de aplicación y sus empleados de nivel de carrera (Bastos, L., & Ribeiro, L., 2021).

Estas limitaciones son importantes, porque estamos entrando en un período en que las mayorías de voto en varias jurisdicciones son menos punitivas. Las prescripciones, entonces, no solo deben centrarse en las formas de contrarrestar los sistemas mayoritarios; pueden, y deben, considerar también cómo aprovechar el cambio electoral.

La política de justicia penal respetuosa de los derechos, generalmente, comienza con la democracia. Las leyes penales son promulgadas por legisladores electos. Esas leyes se hacen cumplir en la sociedad por departamentos de policía, encabezados por comisarios. Las leyes se hacen cumplir en los tribunales por los fiscales de línea que informan a un jefe electo por alguna institución pública (como un Consejo de la Judicatura) y en la etapa de sentencia por jueces.

Como corresponde, una gran parte de la agenda de reforma académica se centra en la economía política de la ejecución penal. Algunos académicos destacan la importancia de cambiar la forma en que los votantes piensan sobre el crimen y el castigo. Otros abogan por alejar el poder legislativo de la aplicación de las leyes por

instituciones de decisión mayoritaria (como las legislaturas) a instituciones tales como jurados, juntas civiles de revisión o tribunales, que pueden proteger y dar voz a los que no tienen poder político. Algunos piden una devolución del poder legislativo y de aplicación (como en los estados federales) de los respectivos estados a gobiernos "locales" más estrechamente determinados, en un esfuerzo por expandir el poder político a las comunidades subrepresentadas. Y un grupo más pequeño de académicos señala las ventajas de poner la política criminal en manos de profesionales de la justicia penal (comisiones de sentencia, paneles de asesores, etc.), alejados de la fiebre de la política mayoritaria (Krauth, S., 2019).

Aunque variado en sus enfoques de la reforma, este cuerpo de académicos enfatiza el papel del público en restringir o permitir los excesos de la legislatura y los juzgados penales. Si la prescripción tiene un papel público mayor o uno menor, o un replanteamiento de quién debería ser el público, el análisis en su mayoría comienza y termina allí. Es decir, comienza por diagnosticar rasgos de la política económica que produce una aplicación penal subóptima y termina con una prescripción para cambiar o restringir esas características a través de una reforma de la manera o el grado de participación del público. Se presta poca atención a cómo, tras la reforma, la base de cumplimiento responderá y ejecutará, las políticas que luego emanan.

Esa omisión importa. En primer lugar, el historial de éxitos del movimiento de "democratización" hasta ahora ha sido decididamente mixto, en gran parte debido a las dificultades de traducir el cambio a través de la burocracia de aplicación de actores de primera línea. Considérese el programa de "vigilancia comunitaria" norteamericana de 1990, desarrollado por varios departamentos de policía, que se convirtieron en garantías de "mantenimiento del orden" y "vigilancia de la calidad de vida", filosofías que tomaron prestadas, pero finalmente se alejaron del ideal basado en la comunidad (Vargas E., & Monge, G., 2019).

En segundo lugar, en algunas experiencias comparadas, como la norteamericana, las elecciones locales durante los últimos años, alcaldes y fiscales han hecho campaña y ganado con las promesas de reformar de la aplicación de la ley

penal En estas jurisdicciones, las estructuras políticas existentes han generado cambios en las leyes penales y el liderazgo en la aplicación. Y, sin embargo, en varias de esas jurisdicciones, los patrones de cumplimiento tardan en seguir su ejemplo. Este es un enigma que no se aborda en las cuentas públicas.

En el centro de ese rompecabezas se encuentra una relación cada vez más compleja entre la política y la burocracia de aplicación. Como se ha visto en la última década el creciente interés público en algunas partes en mitigar la severidad penal y reducir la aplicación en ciertas categorías de delitos, también ha visto una amplia división entre los líderes de la burocracia de aplicación (elegidos o designados) y su base. Los incentivos de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los correccionales. Los sindicatos, los fiscales de línea y los policías callejeros no siempre están alineados con el líder electo o designado de su departamento, particularmente en momentos de transición en las actitudes públicas sobre el crimen y el castigo. Por lo tanto, es difícil hoy hablar de "fiscales" o "policías" y su relación con los "legisladores" y los "votantes". Esas relaciones variarán notablemente dependiendo de qué miembros de una oficina del fiscal o departamento de policía, y de qué representantes electos y distritos electorales, se está hablando.

En muchos países se puede afirmar que la justicia penal comienza con la democracia, pero se dispensa a través de la burocracia. Los líderes políticamente responsables dirigen nuestra formulación de políticas, instituciones policiales y judiciales, pero la justicia cotidiana la imparten ejecutores de carrera que operan en gran parte bajo el radar. Existen datos sobre los números y categorías de arrestos, cargos, tasas de declaración de culpabilidad, tasas de condena y sentencias. Sin embargo, los verdaderos indicadores de la calidad de la justicia - cómo se llega a acuerdos de culpabilidad, qué cargos se rechazaron o retiraron, qué pruebas se divulgan o se retienen, o cómo las recomendaciones de sentencia fueron hechos - permanecen en gran parte invisibles. Colectivamente, son el producto de las decisiones diarias de cientos de miles de ejecutores sobre el terreno (Moya, M., 2018).

Cómo regular mejor este tipo de decisiones es un área de interés de un gran cuerpo de investigadores de la reforma penal. Estos investigadores también diagnostican una relación problemática entre la política mayoritaria y la burocracia de ejecución criminal. Pero se enfoca en rediseñar las instituciones de aplicación para controlar el poder de los encargados de hacer cumplir la ley. Estos académicos examinan el rol de los tribunales, las legislaturas, los abogados defensores, y el público en la gobernanza de la aplicación de la ley. Instituciones, con el público menos como víctima o solución a los fracasos políticos (como en la erudición centrada en la democracia) y más una característica de institucional diseño (Farías, A., 2012).

El enfoque en el diseño de las instituciones de aplicación es un componente necesario de la reforma. Pero esta literatura también tiene limitaciones. En primer lugar, su enfoque en la gobernabilidad a nivel institucional tiende, al igual que la literatura centrada en la democracia, a pasar por alto las distinciones entre el liderazgo institucional y las bases. Hay excepciones dignas de mención (aunque la mayoría están bastante anticuadas). E Incluso el trabajo reciente limitado en esta área deja preguntas tentadoras en la intersección de la responsabilidad política, el liderazgo y la aplicación a nivel de línea de discreción.

En segundo lugar, esta literatura presta poca atención al papel de la política en el rediseño institucional. Sin embargo, un cambio significativo en la organización y el enfoque general de las instituciones de ejecución penal, o en la distribución del poder. entre esas instituciones, no vendrá sin presión política. Dicho de otra manera: la literatura organizacional e institucional ha ofrecido una gran perspectiva sobre cómo funcionan las instituciones de justicia penal y cómo deberían funcionar; pero omite en gran medida la cuestión esencial de cómo, en un sistema mixto democrático/burocrático, finalmente se produce el cambio operativo (Kostenwein, E., 2018).

La investigación sobre justicia penal en la intersección de la democracia y la burocracia ha ofrecido contribuciones importantes. Ha diagnosticado los desafíos de

la justicia penal mayoritaria, así como las del poder burocrático y discrecional. Sin embargo, tiene una visión demasiado monolítica tanto de la política como de los ejecutores. El cambio de la última década en la política del crimen desafía las explicaciones estándar de cómo la política y la burocracia de aplicación interactúan. Aunque ese cambio permanece pequeño, las dificultades para hacer operativas reformas relativamente poco controvertidas desnudan la tarea por delante. Es hora de que pensemos en cómo las instituciones de justicia penal enfrentan momentos de transición política, y cómo deben hacerlo (Oyanedel, J., 2016).

La democracia, como se ha observado de forma célebre, es un concepto. Lo mismo podría decirse, en menor grado, de la burocracia, que puede tomar formas muy diferentes dependiendo del campo, nivel de gobierno y tipo de institución gubernamental. De entrada, pues, conviene hacer algunas aclaraciones.

Por "democracia" me refiero a los procesos mediante los cuales los votantes dentro de las jurisdicciones participan en la generación de políticas de justicia penal. Ese proceso es, por supuesto, no un monolito; como politólogos y sociólogos políticos han mostrado, variaciones en las estructuras políticas y en la extensión y naturaleza de participación pública en el proceso de formulación de políticas explica, al menos en parte, variaciones en la política penal tanto horizontal como verticalmente (Mercado, A. & Benavente, H., 2010).

El enfoque en los procesos electorales no es para sugerir que la democracia puede o debería reducirse al simple mayoritarismo, o que otros aspectos del proceso democrático, como la elaboración de leyes, asignaciones y otras formas de generación de políticas, son menos influyentes. Por el contrario, las afirmaciones normativas presentadas se basan en gran medida en conceptos deliberativos y participativos de democracia, y en cómo esos conceptos pueden materializarse en la justicia penal más allá del contexto electoral. No obstante, en esta parte la investigación se centra en las elecciones porque, en la mayoría de los casos, las elecciones determinan directamente el liderazgo de un grupo clave (algunos dirían que el actor institucional clave en la burocracia de aplicación de la ley penal - los fiscales - e indirectamente determinan el

liderazgo de las autoridades locales, departamentos de policía e instituciones nacionales). Una evaluación de la interacción entre el “público” y la burocracia de ejecución criminal debe comenzar por evaluar qué tan bien las elecciones de hoy reflejan las preferencias públicas sobre la aplicación penal y comunicar esas preferencias a la burocracia de aplicación.

Se emplea el término "burocracia" como una forma abreviada de los miembros de instituciones encargadas de hacer cumplir la ley — líderes elegidos o designados políticamente, por un lado, y los funcionarios por el otro — más que la estructura u organización de las propias instituciones. Un enfoque centrado en los miembros atiende a diferencias en cómo estos dos conjuntos de actores perciben, interactúan y responden a los cambios en las preferencias del público. Se exponen dos tradiciones: una sobre cómo se estructuran y organizan las burocracias encargadas de hacer cumplir la ley y el otro sobre cómo los intereses y motivaciones de los diferentes actores institucionales en el ecosistema de la aplicación penal (policía, fiscales, abogados defensores y jueces) crean colectivamente el derecho penal mediante su aplicación (Mejías, C., 2014).

La democracia y la burocracia en la justicia penal interactúan a lo largo de tres vectores: las preferencias expresadas por el público votante; la respuesta a esas preferencias dentro de las instituciones que aplican las leyes penales y la relación entre el público votante y las instituciones de ejecución penal en un sistema de casi total superposición e independencia jurisdiccional a lo largo de un eje vertical (nacional/local), (Narváez, R., 2020).

Ahora bien, ¿Quién es “el público” en la justicia penal? La respuesta es más compleja que podría indicar un simple análisis de los límites jurisdiccionales. Dos factores exclusivos de la justicia penal hacen que esto sea así.

Primero, el crimen y su aplicación afectan a las comunidades y grupos de personas. dentro de una misma comunidad, de manera diferente. Comunidades que están sobre-vigiladas o insuficientemente asegurados (o ambos) tienen preocupaciones

diferentes a las de las comunidades que rara vez sienten el crimen y la ejecución criminal de cerca. Dentro de una comunidad afectada por el crimen y su aplicación, algunos pueden percibir la necesidad de una mayor aplicación, mientras que otros sienten que la aplicación debe reducirse o tal vez reenfocarse sobre distintos tipos de delitos. Como James Forman, Jr. y Michael Fortner han demostrado que, incluso en comunidades estrechamente delimitadas en las que las minorías raciales constituyen mayorías políticas, los miembros de la comunidad pueden estar profundamente divididos acerca de la política criminal.

En segundo lugar, la ejecución penal implica compromisos inevitables entre la seguridad comunitaria y las libertades individuales. Esta compensación requiere una recalibración constante: en un momento dado, la seguridad puede ser una preocupación primordial, mientras que, en otro momento, la extralimitación estatal puede ser percibida como la mayor amenaza. Los puntos de vista de una comunidad sobre el equilibrio adecuado entre los dos pueden ser afectados tanto por factores externos (la tasa de criminalidad o la revelación pública de una extralimitación estatal en particular) como por creencias internas (percepciones de seguridad o creencias y confianza en el gobierno), (Kunicka, B., 2017).

Estas dos características de la justicia penal, sus diferentes efectos en diferentes comunidades y miembros de la comunidad, y la constante recalibración de los intercambios seguridad/libertad—hacen discutible la idea de un solo "público". Es mejor, entonces, hablar en términos de comunidades de interés, reconociendo que tales comunidades son dinámicas, en constante cambio y realineación, y sujeto a fisuras en su interior.

La redefinición del "público" en la justicia penal como comunidades dinámicas de interés arroja luz sobre un debate académico recurrente sobre el apoyo político a la justicia penal. Por un lado, están quienes consideran que en el auge de la policía de mantenimiento del orden y las sentencias mínimas obligatorias es principalmente un producto del poder político amplificado de los votantes suburbanos blancos sobre las minorías raciales y étnicas en las ciudades. Por otro lado, están

aquellos quienes señalan la agencia política de esas comunidades urbanas, y cómo la agencia podría ser, y de hecho fue, utilizada para endurecerse contra el crimen. Entender el "público" de la justicia penal como comunidades dinámicas de interés nos ayuda a ver cómo ambas son verdaderas. En comunidades muy diferentes con preocupaciones e intereses muy diferentes, hubo acuerdo en que el equilibrio entre libertad y seguridad tenía, en ese momento, que recalibrarse bruscamente hacia la seguridad. Al mismo tiempo, dentro de esas comunidades más afectadas por la recalibración, también hubo desacuerdos sobre esto enfoque (aunque los disidentes en última instancia eran una minoría). Así, también, hoy: cualquier esfuerzo por describir un cambio en las preferencias del público debe ser fuertemente puesto entre paréntesis por las fisuras comunitarias e intracomunitarias que inevitablemente la acompañan (Castillo, G., et. al., 2022).

Una comprensión de las comunidades de interés también nos ayuda a ver, en parte, por qué ciertas políticas de justicia penal tienen éxito político mientras que otras fracasan. Hay un número de enfoques políticos potenciales para el crimen: en el extremo posterior, incapacitación, y al principio, prevención y disuasión. Las herramientas de *back-end* (vigilancia, enjuiciamiento y encarcelamiento) también pueden tener un propósito de *front end*, si uno cree que su uso previene y disuade a los posibles delincuentes (la evidencia es mixta). Sin embargo, existen otros métodos a largo plazo de prevención del delito, como invertir más en educación pública primaria y secundaria, capacitación laboral y cuidado de los niños. Pero debido a que estos métodos iniciales se cruzan con otros compromisos políticos (con ideales como un gobierno limitado e impuestos más bajos, por ejemplo) y rara vez se enmarcan como herramientas de lucha contra el crimen de *front-end* para comenzar con el apoyo político se vuelve complicado y finalmente se fragmenta. Como James Forman, Jr. y Lisa Miller han argumentado convincentemente en diferentes contextos, las mayorías de votantes pueden desear un enfoque frontal de la justicia penal y, sin embargo, a través del compromiso del proceso de elaboración de leyes, salen solo con políticas de *back-end* (Safranoff, A., & Kaiser, D., 2020).

Comprender las comunidades de interés en la justicia penal nos ayuda a ver, como pues las mayorías de voto en materia de justicia penal no son de interés fijo, ni se separan necesariamente en líneas raciales. El cambio de la libertad a la seguridad que se produjo a finales del siglo pasado cobró impulso a partir de una variedad de comunidades de interés. Todo lo cual, quiere decir que el "público" en la justicia penal durante el último medio siglo ha sido un concepto desordenado, dinámico y en constante cambio.

Estado del Arte

Generalmente, en los regímenes democráticos, los votantes eligen representantes en diferentes niveles, en los países federales el nivel federal, estatal y local y en los de estado unitario el nivel estatal y local. La justicia penal es transversal porque cada nivel de gobierno tiene un poder y una autoridad significativa en materia de justicia penal. A nivel local, la policía y los fiscales de distrito tienen un mayor control directo: sus decisiones determinan quién es vigilado y quién es procesado y por qué delitos. A nivel estatal, las legislaturas promulgan leyes penales y pagan para las prisiones que albergan a los delincuentes, mientras que los fiscales generales procesan a algunos crímenes (aunque muchos menos que los fiscales locales). A nivel federal (en el caso de los países federales), el Congreso promulga y el ejecutivo hace cumplir las leyes penales federales que alcanzan comparativamente menos personas que las leyes penales estatales; y el Congreso usa sus recursos para financiar (y a través de la financiación, para alentar o restringir) las políticas estatales y a los ejecutores.

Los académicos han observado durante mucho tiempo asimetrías en la autoridad y la responsabilidad. Para la justicia penal en todos los niveles de gobierno. Y han culpado de estas asimetrías en parte a los excesos en la ejecución penal. Se ha prestado menos atención a las asimetrías en la capacidad de respuesta política, es decir, la medida en qué políticas de justicia penal de los gobiernos reflejan las preferencias de sus electores. Sin embargo, cualquier descripción de la democracia y la burocracia en la ejecución penal primero debe atender a cómo el proceso

democrático internaliza las opiniones de los votantes sobre la justicia penal. Y hay motivos para pensar que, todos en igualdad de condiciones, esta internalización no es simétrica entre los niveles de gobierno. Específicamente, a medida que uno se mueve de lo local a lo nacional, la política es probable que la capacidad de respuesta disminuya. Diferencias en la agencia política de interés de grupos a través de sedes legislativas locales y nacionales producen capacidad de respuesta en el espacio de políticas de justicia penal.

Pero factores adicionales relacionados con la elección de los votantes agravan la capacidad de respuesta asimétrica en la justicia penal. Una de estas diferencias es el mayor número de temas en juego en las elecciones en comparación con las elecciones locales e incluso nacionales. En ocasiones, la delincuencia puede ser un tema destacado en las elecciones. Pero las elecciones presidenciales y activar múltiples temas además del crimen y la seguridad pública: seguridad nacional, impuestos, economía, atención médica, leyes de armas y derecho al aborto, por nombrar solo algunos pocos, y es difícil desentrañar cuál de estos muchos problemas realmente influye en los votantes. Por lo tanto, es igualmente difícil atribuir, como algunos han hecho, cualquier enfoque particular de la justicia penal favorecido por la votación a nivel nacional - uno que es "duro con el crimen" o de otra manera.

Existe un segundo vínculo entre la elección de los votantes y las asimetrías en la capacidad de respuesta de la política de justicia penal. Algunos trabajos recientes en ciencias políticas han arrojado dudas sobre si la elección de los votantes en las elecciones a nivel nacional es un producto de las posiciones de los candidatos sobre temas o políticas. Por el contrario, estos trabajos muestran que la elección de los votantes es principalmente un producto tanto de la lealtad partidista como del partidismo negativo, es decir, tanto la identificación con el propio partido como la aversión a él.

Ambas circunstancias: proliferación de problemas y partidismo/negatividad partidismo- se mitigan significativamente en las elecciones locales que más afectan la administración de justicia penal: las de alcalde. En primer lugar, las elecciones locales

implican invariablemente menos cuestiones que las elecciones a nivel nacional; un pequeño conjunto de problemas, o incluso un solo problema, puede dominar más fácilmente una campaña determinada.

En segundo lugar, y más importante, a la luz de la investigación sobre partidismo y elección de los votantes, las elecciones locales tienden a tener mucho menos que ver con la identidad partidista que con el estado y elecciones nacionales. Investigaciones sobre el partidismo en las elecciones a alcaldes de grandes ciudades ha demostrado que es de poca importancia, aun cuando la polarización política ha aumentado a nivel nacional. En la medida en que el partidismo (y el partidismo negativo) juega un papel, por supuesto, lo hace sólo en la etapa de elecciones generales. Sin embargo, a medida que los votantes continúan auto segregándose políticamente a lo largo de los límites jurisdiccionales locales; por lo general, los votantes de izquierda se agrupan en áreas urbanas y los votantes de derecha en áreas rurales - elecciones locales en las áreas partidistas desequilibradas pueden terminar volviéndose más competitivas en la etapa primaria, donde, con la identificación del partido elimina de la elección de los votantes el cálculo, los problemas y las políticas pueden y deben ocupar un lugar central.

Esto no quiere decir que las elecciones de alcaldes produzcan alcaldes políticamente sensibles. Dinámica distinta del partidismo, entre ellos una fuerte ventaja de titularidad, información limitada, y la poca prominencia (y participación) entre los votantes - pueden obstaculizar la capacidad de respuesta política en las elecciones locales de fiscales y alguaciles. Pero a diferencia del partidismo/dinámica de partidismo negativo, que ha jugado un papel más acentuado en las elecciones nacionales de los últimos años a nivel mundial, estas otras dinámicas que reducen la capacidad de respuesta están disminuyendo.

Todas estas distinciones entre elecciones locales y elecciones nacionales tienen implicaciones importantes para la capacidad de respuesta política. La primera es que los resultados de las elecciones para los cargos políticos tienen un mayor impacto en la aplicación penal sobre el terreno: los alcaldes probablemente reflejen

mejor las preferencias de justicia penal de los votantes que los resultados de las elecciones a nivel nacional. Las propuestas electorales a nivel estatal sobre cuestiones de justicia penal pueden parecer una excepción, pero la investigación sobre democracia directa ha demostrado que es menos un reflejo de las preferencias del público que un representante de la democracia. La segunda, corolario de la primera, es que las elecciones locales ejercen relativamente más presión sobre los ganadores para responder a esas preferencias una vez en el cargo. Si las elecciones están determinadas más por el partidismo negativo que por las creencias sobre temas y políticas, entonces los votantes tienen menos interés en la decisión de un funcionario electo y sus posturas políticas, y el funcionario a su vez tiene pocos incentivos para ceder a la preferencia de los votantes en la implementación de políticas.

Esta escala móvil de sensibilidad política es particularmente significativa en el ámbito de la justicia penal, en el que los gobiernos nacional y local tienen autoridad de formulación de políticas superpuestas, pero en gran medida independiente. Ayuda a explicar la brecha entre las encuestas de opinión pública que muestran un fuerte apoyo público de una amplia muestra representativa a favor de reformas de la justicia penal como reducir las penas mínimas obligatorias y despenalizar determinados delitos, y políticas divergentes a nivel nacional.

Ahora bien, al discutir la capacidad de respuesta política de una burocracia, queda la pregunta: ¿responsable a quién? Las características notables de la justicia "pública": intereses y alineaciones cambiantes, y políticas asimétricas, capacidad de respuesta a través de los niveles de gobierno - tiene implicaciones importantes para la burocracia de la ejecución penal. Si las preferencias del público en materia penal están cambiando y realineándose constantemente, y si sus opciones electorales pueden ser descartados como manifestaciones de partidismo y partidismo negativo en lugar de que preferencias claras sobre temas, entonces las preferencias públicas reales sobre justicia son más fácilmente ignoradas por los funcionarios electos y, a su vez, la burocracia de ejecución criminal que les reporta. Si, por el contrario, el proceso democrático refleja las preferencias públicas sobre la justicia penal y los resultados de

las elecciones, los funcionarios electos y los funcionarios de carrera que lideran, sienten una mayor presión para tener en cuenta esas preferencias al calibrar la discrecionalidad en la ejecución.

Desde este punto de partida podemos comenzar a esbozar una hipótesis de trabajo sobre la capacidad de respuesta burocrática en la justicia penal: las burocracias locales de ejecución penal están posicionadas para ser más receptivas a las preferencias del público y cambios en las preferencias del público. Pero esta hipótesis sólo considera la interacción entre la votación de líderes públicos y electos en asuntos de justicia penal. También hay interacción entre los líderes electos y los ejecutores de carrera que lideran. Sus diversos aspectos, y los efectos sobre la capacidad de respuesta política, se consideran a continuación.

¿Cómo responden los actores apolíticos en el espacio de aplicación penal a sus líderes electos o designados políticamente? Específicamente, si colocamos las instituciones de aplicación en un marco principal-agente, ¿Quién es el principal y quién es el agente?, ¿Cómo se relacionan los intereses y metas de los representantes electos y designados?, ¿los líderes de ejecución por un lado y los ejecutores de carrera por el otro, crean diferentes incentivos para cada grupo?, además, ¿cuáles son las motivaciones de cada grupo, y cómo estas motivaciones afectan las actitudes hacia la reforma del sistema?

Planteamiento del problema

La supervisión nacional de las burocracias locales de justicia penal juega un papel más complicado en los momentos de transición. Como la cooperación, la supervisión puede funcionar como una especie de válvula de escape, aliviando la presión política local sobre burocracias. Pero al mismo tiempo, también puede impulsar las transiciones políticas.

Esto es lo que ha sucedido con la policía. En un momento en que el público presta atención al uso indebido de la fuerza por parte de la policía, también se llevan a cabo investigaciones del Estado por violaciones individuales o sistémicas de derechos. Al mismo tiempo, revelando y publicitando aún más el alcance de estos problemas, el patrón y las investigaciones prácticas pueden subir la temperatura en un ya volátil problema político. Y, si una resolución a la investigación (ya sea por acuerdo o decreto de consentimiento) no llega o resulta finalmente ineficaz, aumenta la presión sobre las figuras políticas locales.

Análisis

Aunque los campos de la administración pública, la teoría política y el derecho administrativo han considerado durante mucho tiempo las tensiones entre elegidos y políticamente líderes designados y funcionarios de carrera, poco se sabe teóricamente sobre sus efectos a nivel subnacional. El concepto de agente principal tal como se aplica en el contexto de las agencias del poder ejecutivo con mayor frecuencia conceptualiza la agencia y sus empleados como el "agente" y el Congreso, que supervisa las agencias y determina sus asignaciones de gastos, como el “principal”.

Este marco es muy útil para explorar la dinámica de la aplicación de la ley en el ámbito penal. Pero no se asigna tan fácilmente a la justicia penal local. En el contexto local, los agentes encargados de hacer cumplir la ley - departamentos de policía y fiscales - tener una variedad de principios. Esta difusión de los principales hace que las instituciones locales de ejecución criminal políticamente menos sensible de lo que indicaría un análisis puro de la elección del votante.

Un fiscal, por ejemplo, puede recibir un mensaje sobre la aplicación de prioridades de la comunidad, otra de los ministerios públicos y otra más de los poderes públicos. Un comisario de policía debe equilibrar las solicitudes potencialmente contradictorias del alcalde de la localidad que ejerce influencia. La misma dinámica puede ocurrir a nivel nacional. Por ejemplo, un contralor general

puede recibir mensajes contradictorios del presidente y el congreso sobre las prioridades de ejecución. Pero allí, la difusión principal tiene menos efecto sobre la capacidad de respuesta. Primero, como hemos visto, la aplicación penal ya está relativamente menos sensible políticamente, lo que hace que la difusión principal sea relativamente menos impactante. En segundo lugar, la difusión existe en el mismo nivel de gobierno: el mismo soberano - permitiendo que los conflictos entre los principales sean elaborados directamente. No así a nivel local; un comisario de policía se verá obligado a equilibrar las demandas contradictorias de diferentes soberanos. Y dadas las diferencias entre soberanos en términos de votación en un distrito electoral y los factores que afectan la elección del votante, tales conflictos son probables que surja con más frecuencia.

Luego está la relación principal-agente de segundo orden: la que existe entre los líderes electos o políticamente designados de una institución de ejecución criminal y los que están a su servicio. Los problemas principal-agente de segundo orden que surgen son aún más confusos. Mientras que las tensiones de primer orden son el resultado principalmente de principal-difusión entre los soberanos y el conflicto político de demandas que impone a los líderes encargados de hacer cumplir la ley, las tensiones de segundo orden reflejan diferencias fundamentales entre cómo los ejecutores de carrera y los líderes de cumplimiento se ven a sí mismos.

En términos generales, los objetivos de los líderes electos y designados en la aplicación de la ley y los objetivos de los ejecutores penales de carrera generalmente están alineados: todos están motivados hasta cierto punto por el deseo de servir al público y promover la misión de mejorar la seguridad pública. Pero uno no necesita cavar muy por debajo de esa superficial alineación para ver los ingredientes de la discordia. Los objetivos de los líderes de ejecución criminal elegidos y designados políticamente variará dependiendo del contexto ambiental en el que operen.

Como enseña la teoría de la elección pública, los líderes electos, en particular los que son elegidos a plazo determinado están motivados principalmente por el deseo de ser reelegidos o hacer campaña para un cargo político superior. Los

comisarios de policía locales designados tienden a pasar del liderazgo de un departamento de policía a otro, una especie de puerta giratoria interior. A pesar de la variación entre estos objetivos finales, todos tienden a producir motivaciones similares para líderes en el cargo: hacerse un nombre a través de la aplicación de alto perfil éxitos y cumplir con la agenda prometida.

Los objetivos de los ejecutores a nivel de carrera pueden ser algo diferentes. Al igual que con los líderes, los objetivos de los ejecutores a nivel de carrera varían según el entorno. Hay una mayor dinámica de puerta giratoria entre los fiscales que entre la ley federal, agentes del orden y la policía local, muchos de los cuales permanecen en sus puestos hasta la jubilación. Y entre los fiscales, la dinámica de puerta giratoria varía: es más probable que los fiscales de primer nivel se trasladen al sector privado que los asistentes del fiscal, aunque incluso entre los ficales de primer nivel, estas tendencias varían según las regiones geográficas y la tasa de deserción ha disminuido con el tiempo.

Los objetivos e incentivos de los ejecutores "de carrera" (ejecutores de carrera que no trabajan posteriormente en el sector privado) difieren de sus elegidos o políticamente líderes designados. Hay menos presión para que se ajusten a una agenda impulsada políticamente o para demostrar éxitos cuantificables. De lo contrario, pueden verse incentivados a buscar un riesgo más adverso y, tal vez, camino que requiere menos mano de obra (aunque uno que maximiza la compensación). Los profesionales que buscan hacer lo mínimo pueden no estar dispuestos a ejecutar las prioridades del nuevo líder, ya que cualquier cambio en el *status quo* requiere cierta cantidad de esfuerzo de reorganización.

Aún cuando se trata de cumplir con la solicitud de un líder, los fiscales de carrera ambiciosos pueden no estar más inclinados que sus colegas. El mercado externo para los fiscales de línea valora la experiencia en juicios, junto con evidencia de diligencia y agresividad. Avanzar en las prioridades procesales particulares del líder tiene poco valor y, de hecho, puede ser perjudicial para el valor de uno si tales prioridades no generan el tipo de experiencia más útil en el sector privado.

Entonces, por una variedad de razones, los encargados de hacer cumplir la carrera, tanto los que se quedan como aquellos que pronto se irán tienen relativamente pocos incentivos para avanzar hacia el liderazgo de su organización con una agenda política. Y cuando esa agenda está orientada a la reforma, los ejecutores de carrera tienen alguna motivación para resistirlo. Esta motivación surge de los ejecutores de carrera y la forma en que ven los objetos de la reforma, así como el grado de deferencia otorgan el *statu quo*.

Al igual que otros burócratas, los ejecutores de carrera ven su misión como una misión separada y separada de la política, una misión que perdura a través de cambios políticos. En el campo de la ejecución penal, donde la fidelidad al estado de derecho corre profundamente, esta aversión a la política es algo que los ejecutores de carrera usan como una insignia de honor. Los ejecutores criminales de carrera se ven a sí mismos como leales, no a sus líderes designados políticamente, ni los caprichos políticos del público, sino a la misma ley.

De acuerdo con este punto de vista, los ejecutores criminales de carrera tienden a ver los objetos de la reforma, es decir, sanciones y estrategias de aplicación particulares, según sea necesario herramientas de su trabajo apolítico. En su valoración, penas elevadas y reducidas, la discrecionalidad judicial en la sentencia es necesaria para inducir la cooperación de los cómplices y asegurar la aplicación uniforme de la ley; el enjuiciamiento de delitos menores es necesario para construir casos en la escala de culpabilidad y la detención y otras formas de mantenimiento del orden son necesarias para disuadir y perturbar los mercados de drogas al aire libre y la posesión ilegal de armas de fuego (y riesgos de violencia). Visto a través de este lente, la presión pública para reducir mínimos y ampliar la discrecionalidad judicial para dictar sentencias, para desviar en lugar de enjuiciar la posesión menor de drogas y frenar las paradas agresivas es una politización equivocada de herramientas apolíticas de aplicación. Los ejecutores de carrear, la mayoría de los cuales comenzaron sus carreras hasta bien entrada la década de 1990, no experimentan el

cambio político que creó esas herramientas y por eso no se ven ellos cómo el producto de opciones políticas anteriores.

Conclusiones

La justificación del sistema se basa en dos teorías de identidad social relacionadas. El primero, la justificación del ego, enfatiza la tendencia a validar, justificar y legitimar uno mismo para mantener una autoimagen favorable. El segundo, grupo justificación, destaca la tendencia a defender y justificar las conductas de los grupos social al que se pertenece para mantener imágenes favorables del propio grupo. La justificación del sistema a su vez postula que las personas que operan dentro de un sistema racionalizarán ese sistema independientemente de su moral epistémica valor o incluso sus beneficios personales para ellos.

La justificación del sistema se refuerza cuando tiene el efecto de validar la propia imagen de uno mismo o la de un mismo grupo social. Los líderes encargados de hacer cumplir la ley, por supuesto, pueden compartir la fidelidad de los encargados de hacer cumplirla desarrollando una carrera como una misión apolítica, renuencia a abandonar valiosas herramientas de aplicación y apoyo por el *statu quo*. Los líderes elegidos y designados siempre deben equilibrar la misión de impartir justicia conforme a derecho con la misión de proveer políticamente justicia penal responsablemente. En este sentido, estarán más dispuestos que los ejecutores de carrera para considerar las ramificaciones públicas de una ejecución particular.

Los líderes también estarán más abiertos que los encargados de carrera de hacer cumplir la ley desafiar el *status quo*. Como reconoce la teoría de la justificación del sistema, las personas son miembros de más de un sistema. Pero defender uno de estos sistemas a expensas de otro crea una necesidad psicológica de reducir la disonancia cognitiva entre motivos de justificación del sistema en competencia. Los líderes de aplicación son participantes activos de dos sistemas: el sistema de justicia

penal que ayudan a dirigir y el sistema democrático a través del cual fueron elegidos o designados. Así, a la medida en que estos sistemas comienzan a divergir, como sucede cuando las preferencias de los votantes sobre el cambio de la política de justicia penal: los líderes deben encontrar formas de alinearlos.

Esta idea explica en parte por qué los líderes encargados de hacer cumplir la ley en los últimos años han enmarcado la reforma de la justicia penal como una cuestión de preservación del sistema: sistema de justicia penal para seguir funcionando con eficacia, deben tener en cuenta los costos - para el sistema - de las políticas de mano dura contra el crimen.

Estas características de la burocracia de la ejecución penal - principal-agente de difusión y una divergencia entre los líderes y ejecutores de carrera en ambos objetivos y motivaciones - alimentan una división conceptual entre el liderazgo y la organización. Es una división reflejada en la literatura sobre la cultura organizacional de policías y fiscalías, encuestas cualitativas de policías y fiscales e informes anecdóticos de resistencia a la reforma entre los ejecutores de carrera. Y en un sistema en el que los líderes necesariamente ceden autonomía y discreción a quienes están a su servicio, es una división que en última instancia obstaculiza la capacidad de respuesta a las demandas públicas de cambio.

Referencias Bibliográficas

Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista española de derecho constitucional, 91*, 11-29.

Arias, D. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de Derecho, 38*, 142-171.

Bastos, L., & Ribeiro, L. (2021). El castigo silencioso de los detenidos en prisión preventiva. *Estudios Sociológicos*, 29 (117), 865-897. https://doi.org/10.24201/es.2021v39n117.2009

Cabrera, S. & Ruiz, S. (2022). Régimen jurídico del Ecuador sobre el principio de especialidad en justicia penal juvenil. *Revista de Derecho*, 7 (1), 36 – 61. https://doi.org/10.47712/rd.2022.v7i1.182

Castillo, G., et. al. (2022). La prisión preventiva desde la óptica crítica de la Criminología. *Revista de Derecho*, 7 (1). https://doi.org/10.47712/rd.2022.v7i1.174

Farías, A. (2012). Balance de Derechos en dos Reformas Penales. *Cuestiones Constitucionales*, (26), 107-121.

Ferreres, V. (2020). Más allá del principio de proporcionalidad. *Revista Derecho del Estado (46)*, 161-188.

Krauth, S. (2019). La realidad de la prisión preventiva frente a las reformas procesales penales en el Ecuador. *Revista Facultad de Jurisprudencia*, (6), 207-228.

Kostenwein, E. (2018). Decidir rápido, condenar pronto. El proceso de flagrancia desde la sociología de la justicia penal. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 20 (1), 13-44. https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5434

Kunicka Michalska, B. (2017). La lucha contra la corrupción en América Latina. *Vectores de investigación (12-13)*, 197-211.

Luque, A., & Arias, E. (2020). El derecho constitucional en el Ecuador: presunción de inocencia y prisión preventiva. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 53 (157), 169-192. https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2020.157.15228

Mercado, A. & Benavente, H. (2010). El Estado en la gestión del conflicto: la reforma del proceso penal en Latinoamérica. *Opinión Jurídica*, 9 (17), 57-70.

Mejías, C. (2014). Retos y desafíos del derecho penal y la criminología en América Latina. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 8 (34), 7 - 20.

Moya, M. (2018). Sentido de justicia y proceso penal. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23 (1), 73 – 95. https://doi.org/10.5281/zenodo.1462078

Narváez, R. (2020). La justicia en un Estado plurinacional con garantismo penal: interculturalidad en ciernes. *Foro, Revista de Derecho*, (34), 123-145.

Oyanedel, J., (2016). Confianza en la justicia y la policía en América Latina: análisis de los efectos de las reformas procesales penales (1995-2013). *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (64), 141-164.

Safranoff, A., & Kaiser, D. (2020). Violencia en América Latina: ¿qué factores aumentan el riesgo de ser victimizado dentro de la prisión? *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (28), 80-99. https://doi.org/10.17141/urvio.28.2020.4432

Vargas Guevara, E., & Monge, G. (2019). La reforma del sistema de justicia como política pública: ¿ya hemos encontrado el camino correcto? *Revista Euro latinoamericana de Derecho Administrativo*, 6 (1), 28 -49.