



**UNIVERSIDAD DE GRANADA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO**

DANIEL BROD RODRIGUES DE SOUSA

**PRINCIPIOS PENALES Y ANTINOMIAS AXIOLÓGICAS
EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO**

Granada

2007



**UNIVERSIDAD DE GRANADA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO**

DANIEL BROD RODRIGUES DE SOUSA

**PRINCIPIOS PENALES Y ANTINOMIAS AXIOLÓGICAS
EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO**

Tesis Doctoral presentada a la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, como requisito para la obtención del grado de Doctor en Derecho Penal.

Director de Tesis Doctoral: Prof. Dr. Jesús Barquín Sanz

Granada

2007

Esta tesis la dedico a todos los estudiosos del Derecho.

Y la dedico, de modo muy especial, a mis queridos padres, **Alberto Rufino Rosa Rodrigues de Sousa** y **Léa Brod Rodrigues de Sousa**.

AGRADECIMIENTOS

Doy las gracias a mi padre, profesor Alberto Rufino Rosa Rodrigues de Sousa, por la sólida enseñanza transmitida, por haberme presentado el fascinante universo del Derecho, por orientarme y dirigirme en los difíciles compromisos de la docencia universitaria y por el paradigma que significa para mí de gran profesional y ser humano que es.

A mi querida madre, Léa Brod Rodrigues de Sousa, maravillosa y permanente incentivadora, por su inmenso cariño e incansable desvelo a lo largo de mi vida.

A mi hermano, Fábio Brod Rodrigues de Sousa, por la solidaridad y apoyo en todos los momentos.

A memoria nostálgica e imperecedera de mi hermano fallecido, Aldo Brod Rodrigues de Sousa, motivo de constante inspiración.

A mi querida Ana Luiza Berg Barcellos, por el estímulo de su amor y compañerismo.

Al profesor Doctor Jesús Barquín Sanz, por su sabiduría generosamente transmitida, por el incentivo permanente y por la amistad que siempre ha demostrado. Su dirección, basada en larga experiencia y profundo conocimiento, fue decisiva para llegar al término de esta empresa.

A los profesores y funcionarios del Departamento de Derecho Penal y del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología de la Universidad de Granada, por la amabilísima acogida y eficiente colaboración, con ocasión de mis estancias de investigación en estos centros universitarios.

A los investigadores de la Universidad de Granada, Doctor Miguel Ángel Cano Paños, y Don Luis Aparicio Díaz, por su inestimable ayuda en momentos decisivos.

A la Universidad Católica de Pelotas y a la Universidad Federal de Pelotas, Estado de Rio Grande do Sul, Brasil, por los espacios que me han concedido para profesar el Derecho.

A la honorable e histórica Universidad de Granada y a su ilustre Facultad de Derecho, particularmente a los profesores del Curso de Doctorado en Derecho.

A mis alumnos y colegas, de los cuales soy constante aprendiz, por las valiosas oportunidades que me han proporcionado para el siempre renovador y enriquecedor debate de ideas.

A la dedicación de las colaboradoras Luciane Franco da Silva y Ryta Sallaberry en el apoyo técnico ofrecido.

A cuantos otros participaron, de cualquier forma, en el transcurrir de este trayecto académico.

A todos perenne reconocimiento.

RESUMEN

El Derecho representa, en todas sus ramas, un instrumento particularmente severo y contundente de control de la vida social. Su actuación se traduce en modos sancionatorios intensamente constrictivos de prerrogativas y atributos personales.

Esa onerosidad se presenta particularmente destacada en el campo del Derecho Penal, en donde el efecto jurídico predominantemente utilizado – la sanción criminal – es una forma dura, agresiva, y a veces hasta destructiva de control oficial ejercido sobre las personas.

Incluso en los regímenes jurídicos notoriamente inspirados por dictámenes liberales y respetuosos de la dignidad y de la autonomía de las personas, se presenta pertinaz en el mencionado sector, la propensión intervencionista del Estado.

Esa característica hace imperativa la construcción de límites y barreras que puedan levantarse frente al ejercicio de la potestad estatal, frenando y limitando excesos.

Las ideas que marcaron el movimiento codificador europeo a fines del siglo XVIII y al comienzo del siglo XIX y que señalaron el inicio del juspositivismo normativista, alimentaron la creencia ingenua en la plenitud hermética de la ley, en su coherencia y suficiencia.

Salvo limitaciones y salvedades tradicionalmente conocidas por el Derecho Punitivo, eventuales lagunas del sistema eran solucionadas internamente, por la invocación de la costumbre, de la analogía y de los principios generales, todos ellos deducidos del propio ordenamiento, donde están implícitos o sobrentendidos.

Pero esa esperanza de aptitud-bastante, se ha deshecho en un breve tiempo. El ininterrumpido dinamismo de la vida social, en contraste con la proclividad de la sedimentación y al inmovilismo, generalmente propio de las grandes y orgullosas

construcciones normativas, dejó claras las insuficiencias del Derecho legislado y las perplejidades y dificultades interpretativas que su aplicación puede generar.

Por diversos se ha intentado rellenar los muchos espacios vacíos que la aplicación de la ley empezaba a revelar.

En el Derecho Penal se ha recurrido, en parte, a la noción, de notorio origen civilista, de un supuesto *derecho subjetivo de punir* (“*ius puniendi*”), cuyo ejercicio podría encontrar condicionamientos y guía en el correlato *derecho objetivo* (“*norma agendi*”). Abandonada esa idea, por su gran artificiosidad, algunos han resucitado la antigua tradición de excogitar principios a partir de supuestos dictámenes perennes deducidos de un pretendido Derecho Natural.

Otros han reforzado la tesis de que los principios están incrustados en el propio sistema legal en vigor, cabiendo hacerlos aflorar, en la práctica jurisdiccional, mediante procedimientos interpretativos perspicaces y clarividentes (positivismo).

Otra orientación, que corresponde a los decisivos momentos constituyentes de los últimos decenios del siglo XX, pasa a localizar los principios en los estatutos básicos que se han producido en los diferentes países (postpositivismo).

Algunos han vinculado los principios a los valores orientadores de la vida social, implícitos en las creencias e ideas de cada pueblo o de cada tradición cultural.

Hay también quienes, en investigación radical y última, buscan fundamento antropológico para los principios, a la luz de las relaciones persona-Estado, individuo-sociedad.

Independientemente de esas diferencias de opinión sobre las raíces de que derivarían, hoy es generalizada la creencia de que los principios constituyen las formas normativas dirigentes de cada ordenamiento jurídico positivo, orientando la producción de sus reglas, la supresión de sus espacios vacíos, la hermenéutica y la aplicación de sus preceptos.

El presente estudio se atiene al examen y a la caracterización de los principios de más fuerte incidencia en Derecho Penal brasileño. Se mencionan, entre otros, los principios de legalidad, de irretroactividad de la norma desfavorable, de la exclusiva protección de los bienes jurídicos, de ofensividad, de alteridad, de exterioridad, de fragmentariedad, de intervención mínima, de humanidad, de individualización de la pena, de proporcionalidad, de culpabilidad, de personalidad de la pena, de “*ne bis in idem*” y de igualdad.

Por otra parte, se pone de manifiesto que son frecuentes las violaciones, ora claras, ora disimuladas, ora de propósito y ostensibles, ora involuntarias y titubeantes, de esos principios.

Esas contravenciones ocurren en la fase legal de tipificar los delitos y las sanciones, y también en el decurso de las prácticas de construcción de la incidencia de esos modelos o “*standards*” a situaciones singulares y a agentes determinados.

El estudio se propone identificar y denunciar las manifestaciones más fuertes y groseras de esas infidelidades a los principios, así como insistir en el imperativo de que sean neutralizadas y progresivamente eliminadas, hasta su deseable desaparición de la experiencia del Derecho.

Se encamina también al examen de los orígenes, desdoblamientos, expectativas y propósitos que animaron los programas de resocialización de los condenados a través de las penas privativas de libertad, con importante presencia en cierta fase de desarrollo del pensamiento político-criminal, especialmente en Estados Unidos y en los países escandinavos.

Y esto por dos razones. Primero porque la tendencia resocializadora, además de otros puntos altamente cuestionables que puede encerrar y que el estudio trata, se inclina a convertir al condenado en blanco de actuación de un querer pedagógico opresor, dirigido a una completamente nueva conformación de su personalidad y de su sistema de convicciones, en menoscabo de los principios de la dignidad y de la autonomía personales, y en antagonismo evidente con una concepción secularizada y laica del Derecho Penal.

Segundo, porque del malogro y de la intensa frustración que resultó finalmente de todos esos ambiciosos y fracasados programas dirigidos a la transmutación esencial de la persona del condenado, procedieron ciertas corrientes de actuación represiva penal fuertemente endurecedoras y también profundamente atentatorias contra muchos otros preceptos e imperativos que sirven para orientar las prácticas punitivas.

Corrientes de neorretribucionismo exacerbado; Movimientos “Law and Order” y Tolerancia Cero; la “Broken Windows Theory”; la construcción del Derecho Penal del Enemigo, son, entre otros, ejemplos ruidosos de esas ondas reactivas que marcaron, en mayor o menor grado, momentos de gran retroceso en la marcha evolutiva del pensamiento y de la “praxis” estatal en su enfrentamiento con el delito.

También se consideran a lo largo de la investigación los posicionamientos diametralmente opuestos a los del endurecimiento, que optan decididamente por la revaloración de los principios limitadores de la respuesta punitiva del Estado; teorías a veces impregnadas de rasgos utópicos y fantasiosos, entre las que se verán expresamente las propuestas de supresión del encarcelamiento, de la “*diversion*”, de la “*radical non intervention*”, del garantismo penal y, en particular, del movimiento abolicionista, en sus diferentes vertientes.

RESUMO

O Direito representa, em todas as suas áreas, instrumento particularmente severo e contundente de controle da vida social. Sua atuação traduz-se em modos sancionatórios intensamente constrictivos de prerrogativas e de apanágios pessoais.

Essa onerosidade mostra-se particularmente acentuada no campo do Direito Penal. O efeito jurídico predominantemente nele empregado – a sanção criminal – é forma dura, ríspida, por vezes até destrutiva de direcionamento oficial exercido sobre as pessoas.

Mesmo nos regimes jurídicos proclamadamente inspirados em ditames liberais e respeitosos da dignidade e da autonomia das pessoas, apresenta-se pertinaz, nesse mencionado setor, a propensão intervencionista do Estado.

Essa característica torna imperativa a cogitação de limites e barreiras que se ergam ao exercício da potestade punitiva estatal, coibindo-lhe desmandos e aparando-lhe excessos.

As idéias que marcaram o movimento codicista europeu de fins do século XVIII e começo do século XIX e que assinalaram o início do juspositivismo normativista, alimentaram a crença ingênua na plenitude hermética da lei, em sua coerência e suficiência.

Salvo limitações e ressalvas tradicionalmente reconhecidas pelo tocante ao Direito Punitivo, eventuais lacunas do sistema eram resolvidas internamente, pela invocação ao costume, à analogia e aos princípios gerais, estes eduzidos do próprio ordenamento, onde se encontrariam implícitos ou subentendidos.

Mas essa esperança de aptidão-bastante, em breve tempo se desfez. O ininterrupto dinamismo da vida social, em contraste com a proclividade à sedimentação e ao imobilismo, geralmente própria às grandes e orgulhosas

construções normativas, deixou logo claras evidências da incompletude do Direito legislado e das perplexidades e embaraços estimativos que sua aplicação pode gerar.

De vários modos foi tentado o preenchimento dos muitos espaços vazios que a aplicação da lei começava a revelar.

No Direito Penal recorreu-se, de uma parte, à noção, de acentuada marca civilista, de um suposto *direito subjetivo de punir* (“*ius puniendi*”), cujo exercício encontraria condicionamentos e guia no correlato *direito objetivo* (“*norma agendi*”). Abandonada essa idéia, por seu extremo artificialismo, ressuscitaram alguns a antiga tradição de excogitar princípios a partir de supostos ditames perenes deduzidos de um pretendido Direito natural.

Outros reforçaram a tese de estarem os princípios incrustados no próprio sistema legal vigente, cabendo fazê-los aflorar, na prática jurisdicional, mediante procedimentos interpretativos argutos e clarividentes (positivismo).

Outra orientação, que corresponde aos decisivos momentos constituintes dos últimos decênios do século XX, passam a localizar os princípios em fundamentos encontrados em estatutos básicos que se íam produzindo nos diferentes países (pós-positivismo).

Por alguns tem sido os princípios vinculados às convicções e valores norteadores da vida social, implícitos nas convicções e idéias de cada povo ou de cada tradição cultural.

Há, também, os que, em perscrutação radical e última, buscam para os princípios embasamento antropológico, à luz do qual se definam e hierarquizem as relações pessoa-Estado, indivíduo-sociedade.

Independentemente dessas diferenças de opinião com respeito às raízes de que eles promanariam, é hoje generalizada a crença de que constituem os princípios formas normativas dirigentes de cada ordenamento jurídico positivo, orientando a produção de suas regras, a supressão de seus espaços vazios e a hermenêutica e aplicação de seus preceitos.

Atém-se, o presente estudo, ao exame e à caracterização dos princípios de mais nítida incidência no Direito Penal brasileiro. São mencionados, entre outros, os princípios da legalidade, da irretroatividade da norma desfavorável, da exclusiva proteção dos bens jurídicos, da ofensividade, da alteridade, da exterioridade, da fragmentariedade, da intervenção mínima, da humanidade, da individualização da pena, da proporcionalidade, da culpabilidade, da personalidade da pena, do “*ne bis in idem*” e da igualdade.

Refere, de outra parte, serem freqüentes as violações, ora claras, ora dissimuladas, ora propositais e ostensivas, ora involuntárias e titubeantes, a esses princípios.

Tais infringências se dão tanto na fase de estatuição legal dos crimes e das sanções, como no decurso das práticas construtoras da incidência desses modelos ou “*standards*” a situações singulares e a agentes determinados.

Propõe-se o estudo a identificar e denunciar as manifestações mais agudas e grosseiras dessas infidelidades principiais e, de igual modo, a insistir no imperativo de que sejam elas coibidas e progressivamente eliminadas, até seu desejável desaparecimento na experiência do Direito.

O trabalho ainda se volta ao exame das origens, desdobramentos, expectativas e propósitos que animaram os programas de ressocialização dos condenados através das penas privativas de liberdade a eles impostas, de presença tão marcante em certa etapa do desenvolvimento do pensamento político-criminal, notadamente nos Estados Unidos e nos países escandinavos.

E isto por duas razões. Primeiramente porque a diretriz ressocializadora, afora diversos outros pontos altamente questionáveis que podem encerrar e que o estudo aborda, propende a converter o condenado em alvo passivo de um querer pedagógico opressor, voltado à total nova conformação de sua personalidade e de seu sistema de convicções, em clara afronta aos princípios da dignidade e da autonomia pessoais e em antagonismo evidente com uma concepção secularizada e laica do Direito Penal. Depois, porquanto, do malogro e da intensa frustração que afinal redundaram de todos esses ambiciosos e mal sucedidos programas voltados à

transmutação essencial da pessoa do apenado, advieram certas diretrizes de atuação repressiva penal fortemente endurecedoras e também profundamente atentatórias a tantos outros preceitos e imperativos que devem orientar as práticas punitivas.

Diretrizes de neo-retribucionismo exacerbado; Movimentos “Law and Order” e Tolerância Zero; a “Broken Windows Theory”; a construção do Direito Penal do Inimigo, são, entre outros, exemplos ruidosos dessas ondas reativas, que assinalam, em medida maior ou menor, momentos de acentuado retrocesso na marcha evolutiva do pensamento e da “praxis” estatal em seu enfrentamento com o crime.

Posicionamento diametralmente oposto ao dessas diretrizes de enrijecimento, este com decidido represtigiamento dos princípios limitadores da resposta punitiva do Estado, às vezes impregnado de traços utópicos e fantasiosos, é igualmente lembrado ao longo da investigação, com menção expressa às propostas de supressão do encarceramento, da “*diversion*”, da “*radical non intervention*”, do garantismo penal e, em particular, do movimento abolicionista, em suas diversas vertentes.

ABSTRACT

The Law represents, in all of its areas, a particularly severe and contented instrument of the social life's control. Its actuation can be translated through sanctionable modes intensely constricted prerogatives and personal appanages. This onerosity is particularly accentuated in the Penal Laws area. The predominant juridical effect used in the Penal Laws –the criminal saction- is a hard and rigid procedure, sometimes even destructive, of the official management exercised over people.

Even in juridical regimes evidently inspired in liberal rules and respectful of the people dignity and autonomy, is presented as apt, in this mentioned sector, the interventionist propension of the State.

This characteristic render imperative the cogitation of the limits and barriers that are raised to the exercise of the statal punitive potestate, preventing transgressions and reducing excess.

The ideas that market the european codist movement at the end of the XVIII century and the beginning of the XIX century and had signed the beginning of the normativistic juspotivism, had supported the naive belief in the law's hermetic plenitude, in which consistency and sufficiency.

Considering some limitations and qualifications traditionally recognized by the Punitive Law area, occasional system blanks were solved internaly, through the custom's invocation, to the analogy and to the general principles, deduced by its own codification, where would be found implicit or in between the lines.

But this hope in the enough-aptitude, was undone in a brief time. The ininterrupted dynamism of the social life, in contrast to the sedimentation and to the motionless proclivity, usually common to the biggers and prideful normative

constructions, have left clear evidences of the Legislative Law incompleteness and of the perplexity and the estimated embarrassments that its application can do.

Several methods were used in order to fulfil the blanks that have started to be reveal by the application of the law.

In Penal Law was appealed, for one hand, to the notion of an accentuated civilist mark, of a so-called subjective right to punish (“ius puniendi”), whose exercise would find conditionalities and guide in comparison to the objective right (“norma agendi”). Getting this idea abandoned, for being extremely artificial, the old tradition of wondering about principles through so-called perennial rules deduced by one intended natural Law was brought back by some.

Others reinforced the thesis that the principles are being inlaid in the presently legally system itself, being necessary to make them appear, in the jurisdictional practice, through interpretative and evident prodedures(positivism).

Another orientation, which corresponds to the constituted decisive moments of the last ten years of the twentieth century, begins to locate the principles in fundamentals found in basic statutes that were being produced in different countries(pos-positivism).

The principles have been vinculated, by some, to the convictions and values that guide the social life, implicit in the conviction and ideas of each nation or each cultural tradition.

There are those who also, in a radical and final perscrutation, reach for the principles of the anthropological embasement, which in the light of it get defined and hierached the relations between individual-State and individual-society.

Despite of these opinion differences with respect to the roots that they are derivated of, nowadays the belief that they constitute the principles of the dirigent normative modes of each positive juridical ordenament are generalized, guiding the production of new rules, the suppression of its blanks, the hermeneutic and the application of its precepts.

This present study is strictly related to the exam and to the characterization of the principles mostly nitid incidence in the brazilian Penal Law. Are mentioned, among others, the principles of legality, the irretroactivity of the adverse norm, the exclusive protection of the juridic asserts, the exteriority, the fragmentary, the minimum intervention, the humanity, the individualization of the penalty, the culpability, the character of the penalty, the “ne bis in idem” and the equality.

It is referred, by the other hand, being frequent the violations, sometimes clear, sometimes dissimulated, sometimes wilful and ostensives, sometimes involuntaries and faltering, to these principles.

Such violations happen in the classification phase of the crimes legal statute and the sanctions, as in the proceed of the incidental constructive practices of this models or “standards” to singular situations and to determined agents.

Is being proposed the study that aims to identify and to denounce the most innappropriate and acute manifestations of these principle infidelities and, in equal way, to insist in the imperative that they must to be inhibit and progressively eliminated, until its desirable disappearance in the Law’s experience.

This paperwork is also an exam of the origens, unfoldings, expectations and purposes that incentivated convicts resocialization programs through private penalties of freedom imposed to them, in such remarkable presence in certain stage of the development of the political-criminal thought, mainly adopted in the United States and in the scandinavian coutries.

This is lead by two reasons. First, because of the directive of resocialization, besides the several other poits highly questionable that can closed and this study approaches, intends to convert the convict in a passive target of one desirable pedagogical oppressor, turned to a total new comformation of its personality and of its convictions system, in a clear confront to the principles of dignity and the personal autonomy and in the evident antagonism in a secular conception and vivid in the Penal Law. After, hence, the miscarrieage and the intense frustration that finally were caused by all these ambitious and not succeeded programs related to the essential transmutation of the active person, had come certain directives of tough repressive

penal actuation and also deeply attempted to others precepts and imperatives that must guide the punitive practices.

Directives of the exacerbate neo-retributionism; Movements “Law and Order” and Zero Tolerance; a “Broken Windows Theory”; the construction of the Enemy Penal Law, are, among others, noisy examples of these reactive waves, that subscribe, in a higher or lower measure, moments of accentuated retrocess in the evolutive march of the thought and the statal “praxis” in its confronting the crime.

Positionnement diametrically opposite to these directives of enrichment , this one decided prestige of the State’s punitive response principles, sometimes permeated of utopic and fanciful traces, is equally remembered during the investigation, with express mention to the purposes of the prison supression, the “diversion”, the “radical non intervention”, the penal guarantee and, in particular, the abolitionist movement, in its all ramifications.

SUMARIO

RESUMEN	5
RESUMO.....	9
ABSTRACT.....	13
INTRODUCCIÓN	24
CAPÍTULO 1 - PRINCÍPIOS FUNDAMENTALES QUE INCIDEN EN EL SISTEMA PUNITIVO	30
1.1 NOCIONES CONCEPTUALES INTRODUCTORIAS. LA PRETENDIDA DICOTOMÍA DERECHO PENAL OBJETIVO Y DERECHO PENAL SUBJETIVO	31
1.2 DIRECCIONES TEÓRICAS ACERCA DE LOS PRINCIPIOS.....	36
1.2.1 Robert Alexy	36
1.2.2 Karl Larenz	37
1.2.3 Ronald Dworkin	39
1.2.4 Josef Esser	40
1.3 INMANENCIA O TRASCENDENCIA DE LOS PRINCIPIOS.....	41
1.4 LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS EN EL ÁMBITO PENAL.....	46
CAPÍTULO 2 - PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	53
2.1 SENTIDO	54
2.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	55
2.3 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO.....	58
2.4 FUNDAMENTO POLÍTICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	60
2.5 FUNDAMENTO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	60
2.6 EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	63
2.7 REACCIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	64
2.8 GARANTÍAS QUE DERIVAN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	67
2.8.1 Garantía criminal. Las fuentes del derecho penal brasileño	67
2.8.1.1 <i>La Medida Provisoria y su utilización en el Derecho Penal Brasileño. La Sistemática Legislativa en el Derecho Penal Español</i>	68
2.8.2 Garantía Penal	78
2.8.2.1 <i>La Garantía Penal y la Responsabilidad Criminal de la Persona Jurídica</i> ..	79
2.8.2.2 <i>La Garantía Penal y las Medidas de Seguridad. El Principio de Legalidad y el Principio de Reserva de Ley</i>	82
2.8.3 Garantía Jurisdiccional	96
2.8.4 Garantía de Ejecución	98
2.8.4.1 <i>El trabajo en la prisión. La redención</i>	101
2.8.4.2 <i>La detracción y otras garantías de ejecución</i>	107
2.8.5 Garantía de técnica legislativa. La composición de los tipos penales	111
2.8.5.1 <i>Tipos penales vagos en el ordenamiento jurídico brasileño</i>	114

2.8.5.2	<i>Los Delitos Impropios de Omisión y el Principio de Taxatividad. La Posición de Garante</i>	119
2.8.5.3	<i>El Delito continuado y el Principio de Taxatividad</i>	130
2.8.5.4	<i>Las Normas Penales en Blanco y el Principio de Taxatividad</i>	144
2.8.5.5	<i>La Importancia del Respeto al Principio de Taxatividad como Mecanismo de Seguridad Jurídica. Reflejos en la Teoría del delito</i>	150
2.8.5.6	<i>Las Sanciones Penales y el Principio de Taxatividad</i>	155

CAPÍTULO 3 - PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL162

3.1	NOCIONES INTRODUCTORIAS.....	163
3.2	PRINCIPIOS QUE DISCIPLINAN LA MATERIA. LOS CONFLICTOS DE LEYES PENALES EN EL TIEMPO.....	166
3.2.1	“Abolitio Criminis”	166
3.2.2	“Novatio Legis Incriminatoria”	168
3.2.3	“Novatio Legis In Pejus”	172
3.2.4	“Novatio Legis In Mellius”	179
3.3	LA “LEX INTERMEDIA”.....	182
3.4	INVENTARIO DE LA LEY PENAL MÁS BENIGNA.....	184
3.5	LEYES TEMPORALES Y LEYES EXCEPCIONALES.....	185
3.6	LA “LEX TERTIA”.....	188
3.7	MOMENTO EN QUE LA NORMA PENAL MÁS BENIGNA PODRÁ RETROTRAER.....	191
3.8	LAS NORMAS PENALES EN BLANCO Y EL DERECHO INTERTEMPORAL.....	197
3.9	EL DERECHO INTERTEMPORAL Y LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES.....	199
3.10	APLICACIÓN TEMPORAL DE LAS LEYES PROCESALES PENALES. LA CUESTIÓN DE LAS LEYES DE NATURALEZA MIXTA.....	206

CAPÍTULO 4 - PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS.....211

4.1	BIEN JURÍDICO: DIRECCIONES CONCEPTUALES.....	212
4.2	OBJETO JURÍDICO, OBJETO MATERIAL E INSTRUMENTO DEL DELITO.....	221
4.3	FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO.....	226
4.3.1	Función de Garantía	226
4.3.1.1	<i>Los delitos de peligro abstracto</i>	227
4.3.2	Función Sistemática	233
4.3.2.1	<i>El consentimiento del ofendido. La disponibilidad de los bienes jurídicos</i>	236
4.3.2.2	<i>La importancia de la función sistemática del bien jurídico en el ámbito del Derecho Procesal Penal</i>	241

CAPÍTULO 5 - PRINCIPIOS DE ALTERIDAD Y DE EXTERIORIDAD242

5.1	NOCIONES INTRODUCTORIAS. EL PROCESO DE SECULARIZACIÓN DEL DERECHO.....	243
5.2	EL “ITER CRIMINIS”. LA ANTICIPACIÓN DEL PODER PUNITIVO EN LAS DIRECTRICES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	144
5.3	INFRACCIONES A LOS PRINCIPIOS DE EXTERIORIDAD Y DE ALTERIDAD EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO.....	257
5.3.1	Cuadrilla o Bando	257

5.3.2	Arma de Fuego	259
5.3.3	Usuario de Drogas	262
CAPÍTULO 6 - PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD		265
6.1	NOCIONES GENERALES	266
6.2	EL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL CONCEPTO DE DERECHO PENAL.....	267
6.3	EL PROCESO DE SELECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS POR EL DERECHO PENAL	272
CAPÍTULO 7 - PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA		278
7.1	IMPORTANCIA Y FUNDAMIENTOS	279
7.2	LA HIPERTROFIA DEL SISTEMA PUNITIVO. EL EMPLEO SIMBÓLICO Y PROMOCIONAL DEL DERECHO PENAL.....	285
7.3	VIOLACIONES A LOS PRINCIPIOS DE FRAGMENTARIEDAD Y DE INTERVENCIÓN MÍNIMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEÑO.....	293
7.3.1	Delitos Ambientales	293
7.3.2	Delitos de Naturaleza Económica y Tributaria	297
7.4	EL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD DE RIESGO: LAS DIVERSAS POSICIONES DOCTRINALES ACERCA DEL TEMA.....	303
CAPÍTULO 8 - PRINCIPIO DE HUMANIDAD		311
8.1	EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y LA EVOLUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES. LA FORMACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.....	312
8.2	EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN EL DERECHO BRASILEÑO. MANIFESTACIONES DE LA “JUSTICIA NEGOCIADA” EN EL DERECHO COMPARADO	319
8.3	VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE HUMANIDAD.....	324
8.3.1	Ejecución de las Sanciones Penales	324
8.3.2	Pena de Muerte	325
CAPÍTULO 9 - PRINCIPIO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA		332
9.1	NOCIONES INTRODUCTORIAS	333
9.2	FASES DEL PROCESO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA	334
9.2.1	Fase de la Conminación o Legislativa	334
9.2.2	Fase de la Aplicación o Judicial	335
9.2.2.1	<i>Aplicación de las penas privativas de libertad</i>	335
9.2.2.1.1	<i>Cálculo de la pena-base</i>	336
9.2.2.1.2	<i>Cálculo de la pena provisoria</i>	341
9.2.2.1.3	<i>Cálculo de la pena definitiva</i>	357
9.2.2.2	<i>Aplicación de las penas restrictivas de derechos</i>	358
9.2.2.3	<i>Aplicación de la pena de multa</i>	360
9.2.3	Fase Ejecutoria o Administrativa	363
9.2.3.1	<i>Ejecución de las penas privativas de libertad</i>	365
9.2.3.1.1	<i>Regímenes penales</i>	365
9.2.3.1.2	<i>Determinación del régimen inicial</i>	366
9.2.3.1.3	<i>Progresión y regresión del régimen</i>	367
9.2.3.1.4	<i>Libertad condicional</i>	374

9.2.3.2	<i>Ejecución de las penas restrictivas de derechos</i>	378
9.2.3.3	<i>Ejecución de la pena de multa</i>	380
CAPÍTULO 10 - PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD		384
10.1	NOCIONES GENERALES E HISTÓRICO	385
10.2	PROPORCIONALIDAD ABSTRATA O LEGISLATIVA	388
10.2.1	Infracciones al Principio de Proporcionalidad en la Legislación Penal Brasileña	388
10.2.1.1	<i>Delito de aborto</i>	388
10.2.1.2	<i>Delitos ambientales</i>	392
10.2.1.3	<i>Delito de lesión corporal</i>	393
10.3	PROPORCIONALIDAD CONCRETA O JUDICIAL	396
10.3.1	El Principio de Proporcionalidad y las Causas Extralegales Excluyentes de las Categorías del Concepto Analítico del Hecho Punible	396
10.3.2	El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia	406
10.4	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA EJECUCIÓN PENAL	407
CAPÍTULO 11 - PRINCIPIO DE CULPABILIDAD		410
11.1	SENTIDO E IMPORTANCIA	411
11.2	INFRACCIONES AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL SISTEMA PUNITIVO BRASILEÑO.....	416
11.2.1	La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica	416
11.2.2	La Presunta Violencia en los Delitos Sexuales	428
11.2.3	La Embriaguez	438
11.2.4	La Responsabilidad Sucesiva en los Delitos de Prensa	451
11.2.5	Los delitos contra el sistema financiero nacional y contra el mercado de capitales. Las denuncias genéricas en los delitos económicos.	456
11.2.6	La Semiimputabilidad	461
11.2.7	El Error en la Ejecución (“<i>Aberratio Ictus</i>”)	465
CAPÍTULO 12 - PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LA PENA		470
12.1	SENTIDO, IMPORTANCIA E HISTÓRICO	471
12.2	VIOLACIONES DEL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LA PENA EN EL SISTEMA PUNITIVO BRASILEÑO.....	475
12.2.1	La Responsabilidad de los Socios en los Delitos de la Persona Jurídica en el Campo Ambiental	475
12.2.2	La Ejecución de las Penas Restrictivas de Derechos de la Prestación Pecuniaria y de la Pérdida de Bienes y Valores	477
CAPÍTULO 13 - PRINCIPIO DEL “<i>NE BIS IN IDEM</i>”		480
13.1	NOCIONES GENERALES	481
13.2	INFRACCIONES AL PRINCIPIO DEL “ <i>NE BIS IN IDEM</i> ” EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO	484
13.2.1	Sanciones Conjugadas o Conjuntas	484
13.2.2	La Reincidencia	489
13.2.3	Las Faltas Disciplinarias en la Ejecución de la Sanción Penal	490

CAPÍTULO 14 - PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	496
14.1 SENTIDOS MATERIAL Y FORMAL.....	497
14.2 EL EMPLEO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE ALGUNOS TÓPICOS DEL DERECHO PENAL BRASILEÑO.....	499
14.2.1 La criminalidad tributaria y económica. La regla del “<i>nemo tenetur se detegere</i>”.....	499
14.2.2 La Sistemática del Juzgado Especial Criminal.....	522
14.2.2.1 <i>Nociones introductorias.....</i>	522
14.2.2.2 <i>Líneas conceptuales acerca de las infracciones penales de menor potencial ofensivo.....</i>	525
14.2.2.3 <i>Nuevas directrices conceptuales de las infracciones penales de menor potencial ofensivo con el surgimiento del estatuto del anciano.....</i>	536
14.2.2.4 <i>La transacción civil como mecanismo de conciliación.....</i>	540
14.2.2.5 <i>La transacción penal como mecanismo de solución de conflicto.....</i>	541
14.2.2.6 <i>La suspensión condicional del proceso.....</i>	550
14.2.2.7 <i>La violencia doméstica y la Ley 9099/95.....</i>	560
14.2.2.8 <i>La justicia consensual y el garantismo penal.....</i>	567
CAPÍTULO 15 - LOS MODELOS CLASIFICATORIOS DE LAS INFRACCIONES PENALES.....	571
15.1 CONCEPCIONES BIPARTITAS Y TRIPARTITAS.....	572
15.2 LA SISTEMÁTICA BIPARTITA DEL DERECHO PENAL BRASILEÑO....	576
15.3 LOS CRÍMENES HORRENDOS Y LAS FIGURAS DELICTIVAS EQUIPARADAS.....	579
15.3.1 Nociones Generales y Concepto.....	579
15.3.2 Infracciones Penales Asemajadas a los Crímenes Horrendos.....	594
15.3.2.1 <i>Tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines.....</i>	595
15.3.2.2 <i>Terrorismo.....</i>	602
15.3.2.3 <i>Tortura.....</i>	606
15.3.3 Efectos Penales y Procesales Estipulados por la Ley de los Crímenes Horrendos (Ley 8072/90) Y por la Ley de Tortura (Ley 9455/97).....	614
15.3.4 Las Nuevas Directrices Originadas en la Ley 11.464/07.....	629
15.3.5 Divergencias Doctrinales y Jurisprudenciales acerca de la Mayorante de Pena del art. 9º, de la Ley 8072/90.....	635
15.3.6 Repercusiones Revocatorias en la Ley de los Crímenes Horrendos con el Surgimiento de la Ley de Tortura.....	638
CAPÍTULO 16 - EL PROGRAMA DE RESOCIALIZACIÓN Y SU ANTAGONISMO CON LOS PRINCIPIOS. DESCREIMIENTO EN EL PROYECTO RESOCIALIZADOR Y LOS MOVIMIENTOS REACTIVOS GENERADOS POR ELLA. OTRAS INFRACCIONES A PRINCIPIOS DE AHÍ RESULTANTES.....	649
16.1 NOCIONES GENERALES.....	650
16.2 FRUSTRACIONES EN LOS PROGRAMAS DE PENA RESOCIALIZADORA. LA MALOGRADA EXPERIENCIA NORTEAMERICADA Y ESCANDINAVA.....	655

16.3	LA PÉRDIDA DE CONFIANZA EN LA EFICACIA RESOCIALIZADORA DE LA PENA Y LOS MOVIMIENTOS DE REACCIÓN SUSCITADOS POR ELLA.....	663
16.3.1	Neorretribucionismo o Neoclasicismo.....	663
16.3.1.1	<i>Neorretribucionismo y cálculo económico. Apreciación de costo-beneficio en las estrategias de definición de los delitos y de conminación de las sanciones.....</i>	666
16.3.1.2	<i>El movimiento “Law and Order”.....</i>	671
16.3.1.3	<i>El Programa de tolerancia cero.....</i>	674
16.3.1.4	<i>La “Broken Windows Theory”.....</i>	677
16.3.1.5	<i>Ensanchamiento e Intensificación de las Acciones Represivas.....</i>	679
16.3.2	La Supresión del Encarcelamiento: “<i>Diversión</i>” y “<i>Radical non Intervention</i>”.....	682
16.3.3	La Cruzada Abolicionista.....	687
16.3.3.1	<i>Louk Hulsman: Abolicionismo de cuño Fenomenológico.....</i>	690
16.3.3.2	<i>Thomas Mathiesen: Abolicionismo Marxista.....</i>	691
16.3.3.3	<i>Nils Christie: Abolicionismo Fenomenológico-Historicista.....</i>	694
16.3.3.4	<i>Moderación y pragmatismo en el movimiento del abolicionismo.....</i>	695
16.3.4	Garantismo y Derecho Penal Mínimo.....	696
CAPÍTULO 17 - EL MOVIMIENTO DE LA LEY Y ORDEN EN BRASIL.....		705
17	EL MOVIMIENTO DE LA LEY Y ORDEN EN BRASIL.....	706
17.1	DETERMINACIONES PREVIAS.....	706
17.2	TENDENCIAS DE HIPERTROFIA PUNITIVA EN BRASIL PANPENALISMO Y LOS CRÍMENES HORRENOS.....	706
17.3	CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE EL MOVIMIENTO LEY Y ORDEN.....	718
CONSIDERACIONES FINALES.....		721
REFERENCIAS.....		740

Esta Tesis Doctoral ha sido formateada según las normas de la Asociación Brasileña de Normas Técnicas - ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT), a la luz de lo que está preconizado en las normas oficiales, las Normas Brasileñas de Redacción - NBRs (NBR 6023; NBR 6024; NBR 6027; NBR 6028; NBR 10520; NBR 14724).

Introducción

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal es el instrumento más incisivo y enérgico de control de la vida social.

El medio utilizado – la sanción criminal – es la forma más dura, agresiva, y a veces destructiva, de intervención del poder político en la existencia de las personas.

En el transcurrir del tiempo, la humanidad convivió con modos severos, extremos y atroces de castigos impuestos por el Estado.

Mucho después del Medievo (que se agotó en la segunda mitad del siglo XV) y llegando hasta el siglo XVIII, el catálogo de las penas era un conjunto innumerable de crueldades; castigos corporales; torturas; ejecuciones capitales, frecuentemente precedidas por suplicios impuestos a los condenados; penas infamantes; trabajos forzados; galeras; largas privativas de libertad; marcas a fuego; ceguera del condenado; corte de la lengua; expulsión; destierro y exilio; esclavización; voluminosas sanciones pecuniarias; confiscación de bienes, etc.

Preponderaban formas inquisitivas, secretas y perversas de proceso. En su transcurso, desaparecían todas las garantías del acusado. El proceso se volvía obediente a un sombrío ritual, destinado, incluso antes de la condena, a machacar su personalidad.

Esa sádica crueldad de los tormentos impuestos a los reos y la iniquidad de las formas de averiguación y enjuiciamiento de los hechos, inspiraron, sobre todo en Francia, Alemania, Italia e Inglaterra, la reacción Iluminista, con su cruzada por la humanización y racionalización del Derecho Penal, en parte exitosa.

El esfuerzo de perfeccionar y suavizar la actuación punitiva del Estado se reflejó en innovaciones legales introducidas a través de las grandes codificaciones

europas de fines del siglo XVIII y comienzo del siglo XIX, así como en construcciones normativas producidas en otros países y continentes.

La primera legislación de Derecho Penal sustantivo en vigor en Brasil – el Código Criminal del Imperio – surgió a través de ley de 16 de diciembre de 1830, ocho años después de que el país obtuviera su independencia de Portugal. Ese Código, que sustituyó a la legislación de las Ordenaciones Filipinas de 1603, cuyo Libro V versaba sobre materia penal y procesal penal, fue una expresión avanzada del pensamiento penalista de la época, inspirado en el principio de la utilidad pública de Jeremy Bentham.

Por su parte, nuestro primer Código del Proceso Criminal es de 29 de noviembre de 1832, con fuerte influencia de la legislación napoleónica.

A pesar del persistente esfuerzo personal y colectivo desarrollado a lo largo del tiempo y de los significativos progresos logrados en el campo legislativo, algunas de aquellas ferocidades del Estado punitivo aún perduran. En muchos lugares del mundo, las penas corporales siguen siendo larga y usualmente aplicadas. La muerte de los condenados se mantiene vigente, en varios sistemas, para un amplio elenco de crímenes. Las formas procesales y la exposición pública de los reos forman, frecuentemente, lo que el sociólogo norteamericano Harold Garfinkel expresivamente denominó “ceremonia de degradación”.

El cumplimiento de las penas privativas de libertad que, en muchos países, aún son las predominantemente aplicadas, se realiza, en la mayoría de las veces, bajo formas crueles, inicuas y deshonrosas.

La “crisis de las prisiones”, irremediable y creciente, genera movimientos repetidos de revueltas y sediciones, a las cuales el Estado responde imponiendo “regímenes disciplinarios diferenciados” que profundizan desmesuradamente la deshumanidad brutal del encarcelamiento.

Todo eso hace imperativa la necesidad de concebir y hacer operativos medios de orientación y control del poder represivo estatal.

Este último se desdobra en dos momentos decisivos: primero, el de la creación y promulgación de las leyes definidoras de los delitos e implementadoras de las sanciones (criminalización primaria) y, segundo, el de la aplicación de esas leyes a las situaciones concretas (criminalización secundaria).

Las cuestiones que se presentan en cada una de esas etapas y las suposiciones limitativas de la actuación estatal que surgen en ellas, son claramente distintas. Pueden ser respectivamente manifestadas en estas dos preguntas:

¿Qué restricciones se oponen al Estado cuando desarrolla su actuación de construcción del sistema penal positivo, definiendo delitos y conminando sanciones?

¿Qué límites constriñen al Estado en lo que se refiere a las acciones que desarrolla cuando determina la incidencia y la ejecución de esas penas sobre un autor concreto?

No siempre las preguntas permiten respuestas nítidas, consensuales e inequívocas. Tampoco esas respuestas van a estar siempre en la clara literalidad de los textos legales.

Frecuentemente, las difíciles perplejidades y sus dudas conducen a los intérpretes y a los aplicadores de las reglas, a una ardua, tormentosa y sutil consideración acerca de los *principios generales del Derecho*, especialmente de aquellos más directamente involucrados en la actuación represiva estatal.

En el presente, todos los sistemas jurídico-penales se proclaman, por regla general, obedientes a los principios y orientados por ellos.

Sin embargo, en la experiencia concreta se ven frecuentes y a veces graves desviaciones de esos preceptos imperativos, tanto en la actuación del legislador, cuando edita las reglas del Derecho Punitivo, como en los pronunciamientos de los aplicadores de la ley.

Esas inobservancias a tales directrices básicas referentes al sistema represivo de los delitos, ocurren, ora por simple desatención, ora por posiciones expresamente asumidas.

Las páginas siguientes de este estudio estarán destinadas a señalar, caracterizar y derivar consecuencias de los más importantes principios hoy reconocidos como directamente incidentes y mentores del Derecho Penal y del sistema punitivo. Igualmente se ocuparán del examen de otras cuestiones importantes que están vinculadas a esa amplia temática.

Pero el estudio también se dirige al examen de los orígenes, desdoblamientos, expectativas y propósitos que animaron y, en alguna medida, aún orientan los programas de resocialización de los condenados a través de las penas privativas de libertad que se les imponen, de presencia muy fuerte en alguna etapa del desarrollo del pensamiento político-criminal, notablemente en Estados Unidos y en los Países Escandinavos.

Y ello por dos razones principales. Primeramente porque la tendencia resocializadora, además de otros puntos altamente cuestionables que puede contener y que el estudio plantea, convierte al condenado en blanco de actuación de un querer pedagógico insistente y, a veces, opresor, dirigido a la completa nueva conformación de su personalidad y de su sistema de convicciones, con lo que esto conlleva de vulneración de los principios de la dignidad y de la autonomía personales, y en antagonismo evidente con una concepción secularizada y laica del Derecho Penal.

En segundo lugar, porque a consecuencia del malogro y de la intensa frustración que generaron los ambiciosos y fracasados programas dirigidos a la transmutación esencial de la personalidad del condenado, surgieron directrices o corrientes de actuación represiva penal fuertemente endurecedoras, y también profundamente atentatorias contra los principios básicos que deben orientar las prácticas punitivas.

Corrientes de neorretribucionismo exacerbado; Movimientos “Law and Order” y Tolerancia Cero; la “Broken Windows Theory”; la construcción del Derecho Penal del Enemigo, son, entre otros, ejemplos ruidosos de esas ondas reactivas que en mayor o menor grado han marcado momentos de gran retroceso en la marcha evolutiva del pensamiento y de la “praxis” estatal en su enfrentamiento con el delito.

A lo largo de la investigación se consideran asimismo aquellas otras tendencias opuestas a las del endurecimiento, que apuestan decididamente por los principios limitadores de la respuesta punitiva del Estado. Posicionamientos a veces (no siempre) impregnados de rasgos utópicos, con mención expresa de las propuestas de supresión del encarcelamiento, de la “*diversion*”, de la “*radical non intervention*”, del garantismo penal y, en particular, del movimiento abolicionista en sus diferentes vertientes.

Capítulo 1

PRINCÍPIOS FUNDAMENTALES QUE INCIDEN EN EL SISTEMA PUNITIVO

1 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE INCIDEN EN EL SISTEMA PUNITIVO

1.1 NOCIONES CONCEPTUALES INTRODUCTORIAS. LA PRETENDIDA DICOTOMÍA DERECHO PENAL OBJETIVO Y DERECHO PENAL SUBJETIVO

Los principios fundamentales del Derecho Penal representan un acervo de garantías a los ciudadanos frente al poder punitivo estatal, controlando y racionalizando su ejercicio. Se trata de una serie de comandos que orientan la articulación del, pretendido por algunos, *Derecho Penal Subjetivo*. Para Miguel Langón Cuñaro, el cual acepta esa noción, esa articulación constituiría “*el derecho que tiene el Estado de tipificar conductas como criminales, y de imponer a sus autores las penas que corresponden como consecuencia*”.¹

Los postulados clásicos del Iluminismo, centralizados en las ideas de la igualdad, de la libertad, de la legalidad penal, de la proporcionalidad de la pena y de la concepción del delito como algo diverso del pecado, concedieron al Derecho Penal una faz más humanitaria. Se edificó así, en ese periodo, por mediación de Cesare Beccaria (“*Dei delitti e delle pene*”, 1764), Paul Anselm von Feuerbach (“*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*”, 1799), Manuel de Lardizábal (“*Discurso sobre las penas*”, 1782), entre otras valiosas colaboraciones de diversos pensadores de la época, una serie de limitaciones a la actuación punitiva del Estado, por medio de la elaboración de una plataforma de directrices a seguir en lo penal, evitando con ello la práctica de despotismos y de excesos. Recuerda Enrique Bacigalupo que

todos estos autores tienen una preocupación común por la superación de la arbitrariedad reinante en la práctica penal y por la crueldad de las penas que se aplicaban (aunque muchas penas crueles ya habían caído en desuso).²

¹ CUÑARRO, Miguel Langón. **Orientación para el estudio de la teoría del delito**. Santiago: Nueva Universidad Católica de Chile, 1973. p. 14.

² BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal**. Bogotá: Temis – ILANUD, 1984. p. 41.

Por lo tanto, a partir de la sedimentación del Estado Liberal de Derecho, el “*ius puniendi*” estatal está subordinado a una serie de restricciones, desmenuzadas en el Derecho Penal objetivo (“*jus poenale*”) y en las normas constitucionales, construidas por los propios gobernantes, haciendo así que se opere un sistema penal sumiso a determinadas garantías y que respete la dignidad humana, dejando que la creación, la aplicación y la ejecución de las normas penales sean vinculadas a una serie de reglamentos de validez formal y sustancial. Señala Gonzalo Quintero Olivares que

la potestad punitiva se ejerce fundamentalmente en dos momentos principales: la creación de leyes y su promulgación, y, en segundo lugar, la aplicación de esas leyes a sujetos concretos. Los problemas que se presentan en cada una de esas fases, así como los límites que cabe oponer a la potestad en cada una de ellas, son netamente distintos. En el fondo, la cuestión, respectivamente, se reducirá a dos problemas: límites que el Estado de Derecho impone al que detenta la potestad en orden a la construcción del sistema penal positivo y, en segundo lugar, límites que el Estado de Derecho establece en orden a la aplicación y ejecución de las penas sobre un autor concreto.³

Algunos autores se alzan en contra de esa visión que concibe tal actividad del Estado, dirigida al combate de los actos criminales, como manifestación de una facultad del Poder constituído por ella partir de la concepción –de clara connotación jurídico-privada– de que toda la norma de derecho objetivo otorga un derecho subjetivo. En Brasil aparece el nombre de Aníbal Bruno como gran crítico de esa posición que ignora la distinción que separa las normas de Derecho privado de las normas de Derecho público. Según este autor

o que se manifesta no exercício da justiça penal é esse poder soberano do Estado, um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra a sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social. Reduzi-lo a um direito subjetivo falsifica a natureza real dessa função e diminui a sua força e eficácia, porque resolve o episódio do crime apenas em um conflito entre direitos do indivíduo e direitos do Estado.⁴

³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Manual de Derecho Penal**. Navarra: Aranzadi, 2002. Parte General. p. 68.

⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956. Parte Geral. Tomo I, p. 34.

En este mismo sentido son las enseñanzas de Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón las que concuerdan en negar que el poder punitivo pueda configurarse como derecho subjetivo. En verdad *“es un poder que el derecho objetivo concede para su propia realización, y, como poder correspondiente a un órgano investido de “auctoritas”, debe definirse más exactamente como potestad”*.⁵

Hay que destacar que entre los defensores de la existencia de ese supuesto Derecho Penal subjetivo del Estado existen tres manifestaciones del mismo las cuales se concretan en sucesivos momentos: el primero, considerado relativamente a la fase anterior a la emanación de la norma jurídica y precisamente traducido en la prerrogativa estatal de producir preceptos penalmente sancionados; el segundo, una vez ya editada la norma jurídica, entendido como el derecho del Estado al efectivo acatamiento de la misma, al que corresponde el deber, atribuido a todos, de no realizar ninguno de los actos perturbadores de su cumplimiento; y, finalmente, el tercero, situado en el momento de infringir la norma, identificado aquí como la prerrogativa del Estado de aplicar a los transgresores la sanción penal conminada. Es precisamente en este tercer momento cuando se da la instauración de la relación jurídica punitiva, posicionados, en el primer polo de la misma, el Estado como detentor de la prerrogativa de castigar y, en el otro, el sujeto delinciente, con la carga del deber de someterse a ese castigo. En este sentido señala Arturo Rocco que, al igual que ocurre en cualquier relación jurídica,

también la relación jurídica penal consta de dos términos: uno de ellos es la *pretensión jurídica* penal (la llamada *Strafanspruch* de los alemanes), el otro, el correspondiente deber jurídico del reo de someterse obligatoria y coactivamente a la pena.⁶

Independientemente de la posición que se pueda adoptar sobre el tema, lo cierto es que para que el derecho/deber de punir se materialice, es necesario, en primer lugar, que el Estado, a través del Poder Legislativo, venga a crear un

⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. Parte General, p. 64.

⁶ ROCCO, Arturo. **Cinco Estudios sobre Derecho Penal**. Montevideo: B de F, 2003. p. 30-31.

ordenamiento jurídico-penal donde estén expresamente previstas, de forma clara y patente, las conductas ilícitas y sus respectivas penas, obedeciendo así al imperativo de la legalidad estricta. La expectativa que se tiene a partir de ahí es la de que todos los súbditos van a conocer los contenidos normativos, de modo que van a pautar sus comportamientos de acuerdo con estos mandos. Sin embargo, se sabe que la eficacia de la prevención general que viene de la mera conminación de la pena es limitada, pues siempre habrá ciudadanos que van a violar los preceptos legales. Y es aquí donde está el segundo requisito para la manifestación del llamado “*ius puniendi*”, es decir, la realización de una infracción penal. Pero eso, por sí solo, aún no autoriza al Estado a aplicar la sanción penal al agente infractor, o sea, a ejercer su monopolio punitivo. Es necesaria la instauración de un proceso penal, mediante el propósito de una acción penal, ya sea por la propia víctima (acción penal privada), ya sea por el Ministerio Público (acción penal pública), solicitando al Poder Judicial la apertura de una demanda judicial contra el autor del ilícito penal, situación en la que éste tendrá el derecho a defenderse ampliamente y de contradecir las imputaciones fácticas que se dirigen contra él. Una vez comprobadas las suposiciones jurídicas de la punibilidad de hecho, es decir, una vez se ha constatado la existencia de la infracción penal y se ha determinado su autoría, el Estado, mediante un juez, está autorizado a aplicar la sanción penal y posteriormente a ejecutarla, de acuerdo con los dictámenes de la sentencia y de las normas legales.

En la dinamicidad de la verificación de tales suposiciones para el ejercicio del poder punitivo del Estado inciden una serie de principios que orientan esa actividad, fijando sus fundamentos, sus fines, sus fuentes y una escala axiológica. Con base en estos principios se va a constituir el sistema punitivo, es decir, tal y como señala Juan Bustos Ramírez, esta “*expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima*”.⁷

Muchas de esas directrices básicas pasan a integrar expresamente la legislación penal de los países, incluso una buena parte de ellas recibe asiento

⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal Español**. Barcelona: Ariel, 1984. Parte General. p. 44.

constitucional, estando algunas de ellas insertadas de forma explícita e inequívoca en las Cartas Magnas de los países, mientras que otras se encuentran previsas indirectamente. De esa manera controlan la forma más incisiva de intervención estatal en la esfera de los derechos básicos de los ciudadanos. En ese proceso de valoración de los principios y su incorporación directa o indirecta por el ordenamiento jurídico se hace posible una mayor aproximación del Derecho Penal a los derechos fundamentales y a la Ética. En este sentido subraya Sergio Moccia que, justamente por el hecho de constituir el Derecho Penal el instrumento de actuación estatal que en mayor medida incide en la libertad individual de las personas, surge *“la aspiración a elaborar un confiable conjunto de reglas, muy atentas respecto de exigencias de certeza, que en el plano axiológico-sustancial se resuelven en garantías socio-individuales”*.⁸

Estos principios tienen por finalidad orientar a los legisladores y a los magistrados en el sentido de la institución y de la preservación de un sistema de control penal dirigido a la sedimentación de los derechos humanos y a la tutela de los valores individuales y sociales, estructurando un Derecho Criminal de forma mínima y garantista, con el objetivo de mantener una base de convivencia comunitaria pacífica y organizada.

Se construye, de esa manera, un ordenamiento jurídico-penal con expresión compleja, constituido no solo por reglas y directrices normativas, sino al mismo tiempo por categorías valorativas y de principios, de modo que el intérprete jurídico debe recurrir siempre a ese arsenal de recursos con el objetivo de encontrar las soluciones más adecuadas y justas para los casos concretos.

⁸ MOCCIA, Sergio. **El Derecho Penal entre Ser y Valor**. Función de la pena y sistemática teleológica. Montevideo: B de F, 2003. p. 3.

1.2 DIRECCIONES TEÓRICAS ACERCA DE LOS PRINCIPIOS

1.2.1 Robert Alexy

Para Robert Alexy la distinción entre reglas y principios constituye uno de los pilares centrales de la estructura de la teoría de los derechos fundamentales. En su opinión, esas dos especies representan modalidades de normas, considerando que una y otra determinan lo que debe ser, pudiendo formularse ambas mediante el uso de expresiones básicas. Para Alexy

el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces ha de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.⁹

Este autor añade que los principios son mandos que ordenan que algo debe ser hecho en la mayor medida posible, considerando las posibilidades jurídicas y fácticas, de forma que no contendrían mandatos definitivos, necesitando, por lo tanto, de contenidos de determinación (razones *prima facie*). Las reglas, a su vez, como son preceptos que exigen que se cumpla exactamente lo que están ordenando, poseen determinaciones en el espectro de las posibilidades jurídicas y fácticas (razones definitivas). Subraya Alexy que “*esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si ese no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice*”.¹⁰ En caso de conflicto entre reglas, la solución vendría, bien con la introducción en una de ellas de una cláusula de excepción para eliminar el lastre jurídico, bien con la declaración de

⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86-87.

invalidez de, por lo menos, uno de los preceptos de colisión. El autor pondera que el problema puede efectivamente ser resuelto, no cabiendo hacer uso del recurso a la cláusula de excepción “a través de reglas tales como *“lex posterior derogat legi priori”* y *“lex specialis derogat legi generali”*, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez”.¹¹ Por otro lado, en caso de colisión entre los principios, el intérprete tendrá que hacer un análisis ponderado de los mismos, para, a partir de las circunstancias concretas del caso, decidir cual va a prevalecer en la reglamentación del mismo “Pero, esto no significa” – advierte Alexy:

declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.¹²

1.2.2 Karl Larenz

Para Karl Larenz los principios se presentan como normas de gran importancia en el ordenamiento jurídico, considerando que dan fundamentos y directrices a la interpretación y aplicación del Derecho, emergiendo de ellos pautas de comportamiento, ya sea de forma mediata o inmediata. Según Larenz, los principios constituyen

Ideias jurídicas gerais que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à ideia de Direito ou a valores jurídicos reconhecidos. Em parte, esses princípios identificam-se com os próprios valores jurídicos superiores, como a ideia de “boa fé”, ou a “justiça distributiva”; em parte, são critérios referidos a esses valores, como por exemplo os critérios da imputação; em parte ainda, são postulados ético-jurídicos ou sócio-jurídicos, como a tutela da personalidade, a tutela da boa fé, a proteção aos menores e à parte

¹⁰ Idem, p. 99.

¹¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 88.

¹² Idem, p. 89.

socialmente mais débil, o dever de assistência aos socialmente dependentes, etc.¹³

De esta manera, los principios representan para Larenz direcciones de pensamientos orientadoras de una regulación jurídica existente o posible de existir, pero desnuda de reglas posibles de aplicación, debido a la ausencia en sus comandos de los instrumentos formales propios de las proposiciones jurídicas, o sea, la adecuación entre una hipótesis de incidencia y una consecuencia jurídica. Siendo así, los principios solamente indican el itinerario que va a recorrer el intérprete en la búsqueda de la norma reguladora de la situación fáctica. Enfatiza Larenz que algunos de estos principios se basan en la idea del Derecho, funcionando como cláusulas generales; otros están elevados al nivel de proposiciones fundamentales constitucionales; existen también aquéllos que se revelan por las normas del Derecho positivo, pasando a ser reconocidos como directrices procedentes de la interpretación teleológica de las normas y del empleo del recurso técnico de la analogía; y, además de éstos, existen aquéllos que son descubiertos por la jurisprudencia y por la doctrina en casos paradigmáticos, inspirando las decisiones de los Tribunales, proyectándose a lo largo del tiempo, en la conciencia jurídica general, en la medida en que llegan a un determinado nivel de madurez. Cuando esas ideas rectoras entran en la ruta de colisión, enseña Larenz que

a relação hierárquica dos diversos princípios tem de ser sempre averiguada através de uma cuidadosa análise das valorações do legislador, dos bens jurídicos em causa, e do grau em que estes necessitam da, e merecem a, tutela jurídica. A elaboração científica destas relações hierárquicas não pode ser dispensada, sob pena de se tornar arbitrário e caprichoso apelar para um princípio de preferência a outro. De resto, nem sempre os princípios se contradizem; é muito frequente que se completem uns aos outros, de modo que só o seu jogo combinado permita compreender um regime normativo.¹⁴

¹³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 569.

¹⁴ LARENZ, Karl. Op. cit., p. 570-571.

1.2.3 Ronald Dworkin

En opinión de Ronald Dworkin, es a través de los principios donde se encuentran los fundamentos o las razones para las decisiones en determinados sentidos, los cuales, a su vez, deben ser cotejados con otros fundamentos teóricos advenidos de la interpretación de los demás principios. Los principios aclaran las normas jurídicas concretas, haciendo posible al operador del Derecho no atenderlas con vistas a proporcionar una respuesta correcta y justa, en la medida en que se comprueba que con la aplicación literal de la ley se va a contrariar el núcleo sustancial de esos “*standards*” básicos. Dworkin lanzó un ataque general contra el positivismo por tratarse de un sistema centralizado en solo una única fuente, la cual es el derecho legislativo, que desprecia la importancia de los principios y de las directrices políticas.

Llamo “directriz” o “directriz política” – argumenta Dworkin – “al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia [torpeza, grifei], un principio.¹⁵

En caso de darse colisiones entre los contenidos de los principios, o sea, cuando ellos fundamentan decisiones distintas, el intérprete debe hacer una ponderación racional, inclinándose siempre hacia la dirección del postulado que ostenta el mando de más peso y fuerza de convicción, sin que con ello el postergado pierda su validez. Señala Dworkin que

en este caso no puede haber, por cierto, una medición exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1997. p. 72-73.

esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.¹⁶

Habiendo así contradicciones o lagunas en el ordenamiento jurídico, el juez no goza de amplia libertad, ya que debe decidir orientado por los principios fundamentales, haciendo que los derechos de los individuos no se queden a merced del sentimiento subjetivo y de las preferencias personales de los magistrados, reduciendo los espacios de incertidumbres y de irracionalidades jurídicas, conteniendo con ello invenciones hermenéuticas. En el caso de las reglas, una vez existiendo su hipótesis de incidencia, deben ser clasificadas, bien como válidas, aceptando así sus consecuencias jurídicas, o bien como inválidas. Subraya el autor que en el caso de darse una colisión entre reglas, al contrario de la sistemática verificada en relación a los principios, una de ellas ha de ser entendida como inválida. Aclara Dworkin que

la decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial, o algo similar. Un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes (Nuestro propio sistema jurídico se vale de ambas técnicas).¹⁷

1.2.4 Josef Esser

Todavía sobre este tema cabe mencionar la posición de Josef Esser, el cual en su obra titulada "*Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*" (1956), apunta que los principios constituyen un repertorio de normas que fijan los fundamentos para que un determinado mandamiento sea descubierto, mientras que, por el contrario, las reglas son modos perentorios de conducción de decisiones, habiendo así una distinción meramente cualitativa entre aquéllos y éstas. Esa afirmación sirve tanto para los sistemas jurídicos de tipo sistemático deductivo como para aquéllos de matiz problemático o vinculado a los precedentes

¹⁶ Idem, p. 77-78.

¹⁷ DWORCKIN, Ronald. Op. cit., p. 78.

jurisprudenciales. En este sentido, Esser observó que *“en ningún sistema constituye la “regla” una disposición independiente del ordenamiento. Su contenido normativo viene siempre fijado por los principios del ordenamiento total y de la jurisprudencia”*.¹⁸

1.3 INMANENCIA O TRASCENDENCIA DE LOS PRINCIPIOS

La expresión “principio”, desde un punto de vista profano, traduce la idea de inicio de algo, o sea, aquello de donde las cosas derivan, y también aquello que permite explicar o entender algo. Desde esta perspectiva afirma Guillermo Yacobucci que *“los principios aparecen como punto de partida que no solo facilitan el conocimiento de la realidad sometida a estudio, sino que además brindan ciertos criterios normativos que dan sentido y justificación a lo analizado”*.¹⁹

En relación a los principios de derecho, ya sean aquellos principios generales, de repercusión en todas las áreas del ordenamiento, ya sean aquéllos específicos, concernientes a campos de particularidad del conjunto jurídico, constituye una cuestión de antiguo debate y de permanente controversia aquélla relativa a la inmanencia de los mismos en el propio sistema legal o en su situación fuera, anterior y posiblemente arriba de los textos y de los Códigos.

La cuestión es la siguiente: ¿Son los principios externos y preexistentes al Derecho legislado? ¿O, por el contrario, están dentro de éste, siendo responsabilidad de la autoridad judicial cuando, invocada para el deslinde de determinadas cuestiones, debe comprobar su existencia y dar a ellos aplicación consecuente y adecuada?

La primera alternativa es acogida por la vertiente iusnaturalista, la cual, juntamente con los propios estudios filosófico-jurídicos, y por largo tiempo relegada en Europa a una situación de total irrelevancia, se ve restaurada, además de en

¹⁸ ESSER, Josef. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1961. p. 279.

¹⁹ YACOBUCCI, Guilherme J. **El Sentido de los Principios Penales**. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002. p. 57.

otros países, especialmente en Alemania por la influencia de Rudolf Stammler (1856–1938 – iusnaturalismo formal), así como en Italia por la actuación mentora de Giorgio Del Vecchio (1870 –1970 – iusnaturalismo de contenido). Este último autor se erige en realidad en el indiscutible exponente de ese renacido iusnaturalismo.

En su célebre conferencia pronunciada el 13 de diciembre de 1920 con ocasión de la asunción de la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma, procediendo de la de Boloña, sostiene Del Vecchio que los principios generales de derecho son de naturaleza suprapositiva, siendo expresados en máximas universales, inmutables y de validez perenne. Aduce este autor que el Código Civil, al referirse a ellos, en verdad se remite a dictámenes del Derecho natural, de modo que los mismos orientan al legislador al elaborar las leyes.

Volviendo al tema del ensayo publicado en 1921 en la Revista “Archivio Giuridico” decía:

asseverar que os princípios gerais do direito são válidos somente para cada povo particular, isto é, que há tantas séries de princípios gerais quanto sistemas particulares, se não é, claramente uma verdadeira contradictio in adjecto, não corresponde, certamente, à crença numa ratio juris de caráter universal, que, desde os romanos, diga-se o que se quiser em contrário, é patrimônio comum de nossa consciência jurídica, e, sem dúvida, inspirou também os autores do Código vigente.²⁰

Asimismo, en una nota de pie de página completaba lo siguiente: “não se compreende porque razão haveríamos de repudiar a verdade simples, que, precisamente em nossos tempos, tem sido confirmada e esclarecida sob todos os aspectos, depois de ter sido percebida desde Aristóteles e afirmada pelos juristas romanos: “Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi homnium jure utuntur, etc”. (Fr. 9 D. I, 1; 2, § 1).²¹

²⁰ DEL VECCHIO, Giorgio. Sobre os Princípios Gerais do Direito. In: _____. **Direito, Estado e Filosofia**. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952. p. 121-122.

²¹ Idem, p. 122.

Una segunda fase de la teorización sobre los principios está representada por el pensamiento jurídico-positivista. Como se sabe, el mismo tiene sus raíces en las directivas de la Escuela de la Exégesis, de la Escuela Analítica de Jurisprudencia y de la Escuela Histórica, esta última principalmente a través de su derivación representada por la visión pandectista.

Fortalecido por el surgimiento de los grandes códigos europeos de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, especialmente por el Código Napoleónico de 1804, el positivismo se tornó en doctrina predominante en el siglo XIX, manteniéndose hasta finales de la primera mitad del siglo XX.

En la etapa inicial, el positivismo se mostró en la versión de la Escuela de la Exégesis, con un pensamiento extremadamente legalista, estatal, basado en la creencia en la perfección y completud del sistema normativo. La legislación recientemente producida (Códigos) se presentaba todavía en plena consonancia con las demandas, intereses y aspiraciones sociales. Esto producía la ilusión de que esa correspondencia exacta entre las reglas del Derecho y los hechos de la vida era producto de la inspirada clarividencia del legislador y de que ella se haría perenne e inquebrantable. Era la ilusión de la *plenitud hermética de la ley* y la visión del Juez – que Montesquieu calificaba como *un ser inerte*, solamente *la boca que pronunciaba las palabras de la ley* – como cometido de la incumbencia estricta, limitada al proceso de mecánica y no problemática subsunción de los acontecimientos en las previsiones generales de la ley.

Pero, posteriormente, la jurisdicción comienza a encontrarse con el permanente dilema que afecta a la experiencia del Derecho: ¿Cómo conciliar la sedimentación natural y la inmovilidad relativa a la cual inevitablemente tienden los grandes cuerpos normativos, con el dinamismo y los cambios constantes de la realidad social?

Esa divergencia entre el contenido de las normas y las cambiantes manifestaciones de la materia social, a cuya regulación están aquéllas destinadas, puso en evidencia el resurgimiento de las lagunas que supuestamente la nueva y orgullosa legislación había conseguido suplir. Y precisamente para colmar estos vacíos de la normatización se acudió a la implementación de otras fuentes, entre las

que hay que destacar sobre todo la analogía, la costumbre, eventualmente la equidad y, especialmente, los principios generales del derecho.

Se esboza entonces el segundo momento de la doctrina de los principios generales del derecho. No puede decirse que lo que en ese instante sucede es el *ingreso* de los principios en el sistema, aunque sí el *hallazgo* de los mismos en el interior de ese mismo sistema. Lo que entonces se afirmaba, enfáticamente, era la intrascendencia de los principios. Éstos constituyen – se asevera – normativas inherentes al propio Derecho escrito, identificadas en el propio ordenamiento legislado y de él abstraídas, siendo utilizadas después como directrices y fundamento de las decisiones. Observará Francesco Carnelutti que los principios no constituyen algo existente fuera del Derecho, ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del Derecho “como el alcohol en el vino”. Son el espíritu y la esencia de las leyes²².

Estos principios - confirmará Joaquín Arces Flórez-Valdés - “se induzem por via de abstracção ou de sucessivas generalizações, do próprio Direito Positivo, de suas regras particulares (...). Os princípios, com efeito”, - prosigue - “já estão dentro do Direito Positivo e, por ser este um sistema coerente, podem ser inferidos do mesmo. Seu valor lhes vem não de serem ditados pela razão ou por constituírem um Direito Natural ou ideal, senão por derivarem das próprias leis”.²³

La aceptación de la existencia de estos principios generales, en los términos antes expuestos, no denegaría la positividad del Derecho, ya que aquéllos son entendidos como vinculados al sistema legal y extraídos de él. Por otra parte ofrece la ventaja de preservar la coherencia lógica del sistema y de hacer posible su expansión, además de la literalidad de los textos, garantizando así la plenitud de normatización y rellenamiento coherente de los aparentes huecos.

Una tercera etapa del proceso de hallazgo y comprensión de los principios es aquélla que corresponde a los importantes y ensanchados momentos constituyentes

²² CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**, I. Funzione e composizione del processo. Padova: CEDAM, 1936. p. 120.

²³ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arces apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 235.

vividos en las últimas décadas del siglo XX en varios países, sobre todo en Europa. En el momento en que se aprobaron nuevos estatutos básicos en Francia, Alemania, Italia y en otros países, se reconoció en ellos la presencia orientadora de principios generales.

En un primer momento, la normatividad constitucional presente en estos ordenamientos se presentaba imprecisa, vaga e inocua, restringida a menciones de mera programatividad. Pero después, progresivamente, tal y como señala Paulo Bonavides, reiterados *“arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboraram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico”*.²⁴

A su vez, esas reiteradas referencias constitucionales fueron dejando espacio a vinculaciones de principios y de axiologías más amplias.

La referencia a los principios explícita o implícitamente incorporados a la Constitución revela valores fundadores y bases estructurales en las cuales están puestas la ley básica y todo el sistema jurídico a que ella corresponde. Resulta que, aun sin afirmar el carácter jurídico de estos principios, lo cierto es que apuntan hacia trayectos más amplios, los cuales traspasan los límites de la estricta positividad. La eficacia reforzada de tales valores viene de que toda la interpretación de cualquier mandamento o institución de la propia Constitución destinada a contrariar o restringir se tornaría *per se* inconstitucional. Y no porque a tales valores se les reconozca jerarquía supraconstitucional, sino porque en realidad expresan líneas normativas identificadoras de la propia Constitución y porque compendian las directrices centrales que la definen y orientan.

A partir de ese nuevo y ampliado hallazgo, otros dirán que los principios residen en el acervo de ideas, valores y convicciones de los miembros de la comunidad, cuya existencia el Derecho pretende regir. La presencia de esos elementos es anterior a la concretización del Derecho que ahí se va a producir. Además, la correspondencia armónica con ellos es la condición necesaria e

²⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 257.

irrevocable para que ese Derecho se presente socialmente autorizado y legítimo. La legitimidad del Derecho vendrá de la relación racional entre los mandos emitidos por los que dictan, interpretan y aplican las normas y el consenso del grupo social. Para que esa coincidencia pueda alcanzarse se hace indispensable la constante y alerta indagación de los principios.

Hay también los que buscan el hallazgo de los principios a través de la cogitación – no metafísica, pero ejercida mediante observaciones cuidadosas y clarividentes – de los mandamientos racionales deducidos, según algunos, de las concepciones propias del legado iluminista de nuestra civilización, y, para otros, de los específicos ideales conductores de cada tradición y cultura nacional.

Lo que esas posiciones señalan es una etapa de supresión del antiguo e inconciliable antagonismo entre la doctrina del Derecho natural y la del viejo positivismo ortodoxo, este último siempre impregnado de un fuerte aprisionamiento legalista.

Eliminando esa colisión estrecha de posiciones, lo que se atinge es una nueva racionalidad, mediante la cual – señala Chaïm Perelman – se presenta

o direito efetivo, cada vez mais, como resultado de uma síntese, em que se mesclam, de modo variável, elementos emanantes da vontade do legislador, da construção do juristas e considerações pragmáticas, de natureza social e política, moral e econômica.²⁵

1.4 LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS EN EL ÁMBITO PENAL

En sentido jurídico, los principios, concebidos como mecanismos que exteriorizan los parámetros y directrices fundamentales, proveen el soporte de validez a los preceptos normativos, adecuando, dirigiendo e iluminando al operador de Derecho en la comprensión de sus significados semánticos y sistemáticos, en la actualización de sus contenidos, en la eliminación de eventuales conflictos entre normas, y en la supresión de oscuridades y huecos verificados en el aparato legal.

²⁵ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 392.

En ese sentido, y apreciando el desdoblamiento de la doctrina de los principios descrito en las líneas anteriores, pudo concluir Eduardo García de Enterría, refiriéndose a E. Forsthoff, que esa evolución de ideas, aun conduciendo a la superación del positivismo estricto, de ningún modo implicó el abandono de la positividad del Derecho.²⁶

Por lo tanto, cualquiera que sea el modo en que se conciban los principios – y a partir de que el caso puesto bajo análisis jurídico no encuentre solución con base en norma expresa o mediante analogía – el intérprete hará uso de los mismos como axiomas que fundamentan, explican, aclaran, guían y limitan las reglas positivas vigentes. De este modo, las alternativas para la solución de los conflictos se encuentran en el propio núcleo del sistema jurídico. Se trata de un método que no huye a los confines de la positividad jurídica, entendida ésta de un modo amplio, que trasciende el espacio reducido del mero legalismo.

Se logra así lo que se denomina auto-integración del Derecho, una vez que son invocados sus propios fundamentos para buscarse una vía de superación y deslinde de las cuestiones que no fueron expresamente reglamentadas en su centro. Eso evidencía que a pesar de haber espacios huecos en la legislación, es decir, casos o situaciones no previstas en las reglas explícitas constantes del ordenamiento, el Derecho, como un todo, se presenta como una estructura compacta y blindada, pues constituye un conjunto homogéneo, coherente y completo que permite encontrar respuestas para todos los obstáculos imaginables, derivandose de ahí la característica de la plenitud de la orden jurídica. Sobre este tema, enseñan Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín Becú que

la conclusión que se desprende lógicamente de la existencia de estos sistemas de integración de la ley es que el derecho – como ordenamiento regulador de la conducta humana en sociedad – constituye un conjunto más amplio y vasto que la suma de las normas positivas. En ésta puede haber vacíos, lagunas u omisiones; en el derecho esas lagunas se complementan recurriendo a elementos que no están en las normas, pero que forman parte del sistema jurídico. En otros términos, los principios generales del derecho

²⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. **Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho**. Madrid: Civitas, 1984. p. 51.

no son algo ajeno al derecho, sino una parte integrante de él, y sin duda la parte fundamental.²⁷

Sin embargo, cabe destacar que, en el ámbito penal, si en el texto legal no hay expresamente una norma incriminando un determinado comportamiento, no es posible suprimir ese vacío normativo con el uso de los principios generales del derecho, de la costumbre o con la utilización de la regla técnica de la analogía, ampliando con ello el espectro punitivo del Estado. Pero cuando el recurso a tales instrumentos tiene la finalidad de ampliar el campo de licitud penal, no solo no habrá cualquier obstáculo a la invocación de esas fuentes de Derecho Punitivo, como se hará indicado e imperioso dirigirse a ellas. Es que en esos sectores primordiales de producción del Derecho pueden ser encontrados los fundamentos que impidan la aplicación de normas anacrónicas o desprovistas de validez sustancial, bien como las bases para el ensanchamiento de las causas que excluyen las categorías jurídicas configuradoras de los hechos punibles. En este sentido alertan Jorge Frias Caballero, Diego Codino y Rodrigo Codino que el principio del “*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*” elimina “*la posibilidad de que el Poder Judicial confiera fuerza normativa en materia de delitos y de penas a todo Derecho no escrito, especialmente el Derecho consuetudinario y, además, a todo acto normativo diverso de la ley formal*”.²⁸

Cabe a este propósito recordar que cuando la doctrina penalista buscó una fundamentación unitaria (monista) de las causas de justificación, lo que hizo fue buscar los principios. El criterio preconizado por la nombrada “*teoría del fin*”, instituída por Alexander Graf zu Dohna y desarrollada por Eberhard Schmidt, fue este: *no es antijurídica una acción típica que sin embargo se presenta como medio adecuado (justo) para el alcance del fin de la convivencia*. Ya Wilhelm Sauer invocó el principio de mayor provecho que perjuicio (*Mehr-Nutzen-als-Schaden Prinzip*), al que dió el nombre de “ley jurídica básica” y que enunció de la siguiente manera: *es adecuado al Derecho (en sentido material) un actuar, el cual por su general*

²⁷ MOUCHET, Carlos; BECÚ, Ricardo Zorraquín. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p. 271.

²⁸ CABALLERO, Jorge Frias; CODINO, Diego; CODINO, Rodrigo. **Teoría General del Delito**. Buenos Aires: Hamurabi, 1993. p. 38.

*tendencia busca más provecho (ideal, cultural) que perjuicio a la colectividad estatal.*²⁹

La heterogeneidad de las causas de justificación y la ausencia, entre ellas, de un denominador común, hace inviable las pruebas de explicación monistas para esas excluyentes. En consecuencia, la doctrina tuvo que optar por un abordaje plural, estudiando particularizadamente los presupuestos de cada una. Sin embargo, los criterios invocados por los autores ya referidos y por otros que investigaron fundamentos similares para esas discriminantes traducen un principio unitario constante, lo que explica que tales hipótesis, por más diversificadas que puedan ser las formas como concretamente ellas se presentan, generan las mismas relevantes consecuencias jurídico-penales.

Lo mismo ocurre con las excluyentes de la culpabilidad. Las variadas formas en que ellas se presentan no oculta el principio común que las acerca y que es el de la *inexigibilidad de comportamiento adecuado al Derecho*, el cual se puede también invocar – como se admite hoy consensualmente – relativamente las situaciones no exactamente iguales a las hipótesis codificadas.

Esa explícita prohibición en el Derecho Penal del recurso a los principios para rellenar eventuales lagunas de criminalización transmite muchas veces a la colectividad la sensación de vacío en el ordenamiento jurídico y la apariencia de una situación injusta, en la medida en que deja impunes a los autores de hechos sujetos a extrema censura social.

Se lamenta aquí en ocasiones la incuria o falta de diligencia del legislador, el cual deja de tipificar conductas de inequívoca y sustancial ilicitud.

Otras veces – lo que es aún más grave – se identifica en estos casos estimativas del legislador hondamente antagónicas a las convicciones mayoritarias, en la medida que reputa meritorias o jurídicamente indiferentes comportamientos sobre los cuales caen severas y consistentes reprobaciones de la sociedad.

²⁹ Cfr. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Buenos Aires: Astrea, 1994. Parte General. v. 1, p. 425.

Muchos piensan que en tales situaciones se estaría frente a espacios abiertos de la legislación, cuyo rellenar debería obtenerse a través de la invocación de los principios generales del derecho.

Sin embargo, en estos casos, como destacan Enrique Aftalión, Fernando Garcia Olano y José Vilanova

es claro que no existe en el plano lógico ninguna laguna: aunque haya mediado una omisión del legislador, no puede decirse que las leyes no contemplan el caso, puesto que le asignan, implícitamente, el sentido de la licitud; y es por ello, precisamente, que el juez absuelve. Lo que sí se pone de manifiesto en un caso semejante es una deficiencia axiológica de la legislación, a la que conviene reformar a fin de consagrar valoraciones vigentes.³⁰

Hay que destacar todavía que los principios fundamentales deben orientar también la actividad de los parlamentarios, pues éstos se quedan en el momento de la construcción de proyectos de leyes y de la formación de nuevos ordenamientos jurídicos, obligados a acatar sus dictámenes y a observar los límites consecuentes de ellos.

En el rumbo de esas ideas presentadas aquí y dirigiéndose de un modo específico al proceso de aplicación de las normas, recomienda Juarez Freitas:

no centro do dilema entre legalidade e legitimidade, o juiz há de posicionar-se de modo transdogmático, na busca de um sistema jurídico aberto, epistemologicamente, à sociedade que, em regra, deslegitima os logicismos formais de todas as correntes positivistas que desprezam os princípios fundamentais, garantidos e assegurados na própria Constituição. Tais princípios, a propósito, exigem que a legalidade se subordine à legitimidade, esta última consagrada por estes mesmos princípios, aos quais se deve garantir a maior eficácia, sob pena de reduzi-los a meros enunciados retóricos, sem a efetividade concreta que a sociedade tanto solicita.³¹

³⁰ AFTALIÓN, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972. p. 233.

³¹ FREITAS, Juarez. **A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta**. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 107.

En Brasil, esas directrices orientadoras de naturaleza criminal, igual que otras que ejercen influencia en ese sector penal, han estado constantemente presentes en los ordenamientos jurídicos, y muy claramente en la actual Constitución vigente, de 5 de octubre de 1988, orientando su producción, interpretación e integración. En ella están expresamente consagrados principios penales constitucionales específicos, como por ejemplo el de la intervención legalizada, el de la irretroactividad de la ley penal más severa, el de la personalidad, el de la limitación e individualización de las penas, o el de la humanidad e igualdad. En su esencia están también infundidos implícitamente los postulados relativos al carácter secularizado, fragmentario y de intervención mínima del Derecho Penal, el de la ofensividad, el de la culpabilidad, el de la exclusiva protección de los bienes jurídicos, el de la alteridad y el de la exterioridad, el del “*ne bis in idem*”, así como otros pertenecientes a la materia criminal.

Subraya Jorge de Figueiredo Dias, refiriéndose al Derecho lusitano, el cual sigue, en cuanto al aspecto aquí enfocado, una sistemática similar a la del ordenamiento brasileño, que tales directrices fundamentales dan sentido a las variadas normas y orientación al legislador; asimismo posibilitan a la dogmática, no solo explicar, sino al mismo tiempo comprender los problemas centrales del Derecho Criminal; y que en ellas se “*exprimem os valores preferenciais e os bens prevalentes, em dado momento, numa certa comunidade*”.³²

En las siguientes páginas se va a desarrollar una visión general acerca de estos principios que sostienen el sistema punitivo brasileño. Con ello daremos primacía a aquéllos más directamente pertenecientes al Derecho Penal material y que operan como óbices a la criminalización. Buscaremos descubrir las líneas maestras de configuración de cada uno de ellos y apuntaremos algunas de las formas más frecuentes y ostensivas de violación de tales imperativos, verificadas tanto en las etapas de producción legislativa como en los momentos de concretización judicial de esos mandamientos.

³² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. v.1, p.113.

Capítulo 2

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2.1 SENTIDO

El principio de legalidad establece la regla de que la intervención punitiva, tanto en la etapa de definición legal de las infracciones penales como en la fase de la determinación, aplicación y ejecución de la sanción penal, debe regirse por el dominio de la ley, la cual a su vez deriva de la voluntad estatal, inspirada en la consciencia general del pueblo. El referido principio de control del poder punitivo encuentra su justificación en la gravedad de los medios que el Estado utiliza en la represión de las infracciones penales, ya que atañen a los derechos más elementales y fundamentales de las personas y, además, por el carácter de “*ultima ratio legis*” que ostenta. Siguiendo la proposición establecida en su día por Von Liszt el Derecho Penal es la “Magna Carta del delincuente”, en vista de que una persona sólo podrá ser castigada penalmente por un hecho si éste ha sido previamente definido como infracción penal en una norma legal. Pero con ello tenemos que cargar con los riesgos, muy bien suscitados por los profesores Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, de que

por una mala elaboración de la ley o por la enorme astucia de un delincuente queden sin sanción acciones gravemente perturbadoras de la convivencia humana. Pero este riesgo es, por otra parte, bastante pequeño; en todo caso, es el precio que hay que pagar por la seguridad jurídica, requisito indispensable en una comunidad organizada.³³

Para reforzar tales consideraciones acerca de la importancia de ese principio, advierte José Sainz Cantero que

³³ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. Parte General. p. 86.

el principio de legalidad constituye uno de los resortes limitadores del derecho de castigar del Estado y una exigencia de seguridad jurídica (el destinatario de la ley conoce mediante el respeto al principio lo que no debe hacer – o debe hacer – y la pena que se le podrá aplicar si lo hace - o si no lo hace-) y de garantía individual (el ciudadano no puede verse sometido al castigo si no está así previsto en una ley aprobada en un órgano legislativo por los representantes del pueblo). En consecuencia, se trata de una condición básica del Estado de Derecho.³⁴

2.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La doctrina afirma que el principio de legalidad tiene su origen en la formación del Estado de Derecho, siendo una conquista de la ideología liberal de los siglos XVIII y XIX, la cual se preocupó en poner límites al, por algunos pretendido, “*ius puniendi*” estatal y que dio lugar al cambio del Estado Absolutista por el Estado Liberal de Derecho. El gran referencial de este cambio fue la Revolución Francesa, momento en que se puso en práctica todo el pensamiento político y filosófico del período del Iluminismo y de la Ilustración, por ejemplo, las teorías rousseauiana del contrato social y la división de poderes de Montesquieu.

El postulado de la legalidad no se hizo presente en el Derecho Romano, y ello debido al uso amplio y no restringido de la analogía, así como por la admisión de los “*crimina extraordinaria*”. Tampoco en el antiguo Derecho Germánico, de formación fundamentalmente consuetudinaria.

Como antecedentes del principio de la intervención legalizada anteriores al periodo de la Ilustración hay registro del Decreto de Alfonso IX de España en las Cortes de León de 1188, del siempre mencionado artículo 39 de la Magna Charta Libertatum inglesa del Rey Juan Sin Tierra, de 1215 (“*nullus liber homo sera apenado nisi per legale indicium parium suorum vel per legem terrea*”) y la *Constitutio Criminalis* germánica, de 1532. En verdad, estos antecedentes no poseen el sentido moderno del principio de legalidad, pues, por ejemplo, la Magna Charta inglesa no excluía la costumbre como fuente creadora de conductas ilícitas y de agravación de las penas, presentándose más bien para garantizar el orden

³⁴ SAINZ CANTERO, José. **Lecciones de Derecho Penal**. Introducción. Barcelona: Bosch, 1979. Parte General. Tomo I. p. 38.

procesal en lugar del material *strito sensu*. En este sentido, señalan los penalistas españoles Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón que

en la Magna Carta puede hallarse el origen de la llamada “rule of law” propia del Derecho anglosajón, la cual, si bien tiene cierto paralelo con el principio de legalidad, no deja de presentar importantes rasgos diferenciales. En efecto, mientras el principio de legalidad traduce el predominio de la Ley sobre los jueces, la “rule of law” representa, fundamentalmente, una garantía jurisdiccional. Dicha peculiaridad deriva de las características del desarrollo histórico del Derecho anglosajón (perpetuadas en el sistema norteamericano), en el que la “ley de la tierra”, fundada en el Derecho natural y aplicada por los jueces ordinarios, llega a estar por encima del Derecho estatutario, creado por el Parlamento.³⁵

Con todo, no puede negarse que constituyó una regla peculiar, ya que representó la primera norma que efectivamente reconoció el derecho individual de la aristocracia frente al poder ilimitado del soberano, significando además una forma de limitación en el poder punitivo estatal, jamás vista en el periodo de la Alta Edad Media. Ya la *Constitutio Criminalis Carolina* representó un cuerpo legislativo que admitía la analogía “*in malam partem*”, permitiendo el uso de ese instituto como forma de ampliar la actuación punitiva del Estado y también de agravación de las sanciones penales.

De ese modo, el sentido actual del principio de legalidad adviene de la teoría ilustrada del contrato social, la cual presupone una organización política basada en la división de poderes, de forma que la ley tenga como fuente productora exclusiva la voluntad de los representantes del pueblo, o sea, el Poder Legislativo. Con ello, advierte Cesare Beccaria que

só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir sinão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, êle é injusto, pois acrecenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode,

³⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 68.

mesmo sob pretêsto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.³⁶

Posteriormente vamos a encontrar la previsión del principio de legalidad en las *Petitions of Rights* de los Estados americanos de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776); en Europa, en la legislación *Josephina* austríaca (1787, que preceptuaba que “ni toda acción contraria a la ley es un delito, debiendo ser consideradas como delitos solamente aquellas acciones contrarias a la ley que sean declaradas como tales por una ley penal actual”) y, especialmente, en la *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, de 26 de agosto de 1789, que en su art. 4 estableció: “*La loi ne doit établir que les peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*”.

Subraya José Cerezo Mir que “con el triunfo de la Revolución Francesa, el principio de legalidad de los delitos y las penas se convierte en uno de los pilares fundamentales del Derecho penal liberal y en un fino exponente del Estado de Derecho”.³⁷

Por lo tanto, fue bajo el respaldo de las tesis montesquieuniana y rousseauiana cuando el principio fue aceptado por el Código Penal Francés de 1810 (art. 4 - “Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n’étaient pas prononcées par la loi avant qu’ils fussent commis”), por las Constituciones revolucionarias francesas de 1791 (art. 8), 1793 (art. 14) y del año III (art. 14), normas que no fueron siempre respetadas, pues, según relata Luis Jiménez de Asúa

el Derecho que facultaba al Tribunal para darse por enterado y poner fin al proceso, que Robespierre escribió de su puño y letra para el caso de los Girondinos, fué aplicado en abierta infracción del artículo 14 de la Constitución de 1793, entonces vigente.³⁸

³⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Athena, 1937. p. 35.

³⁷ CEREZO MIR, Jose. **Curso de Derecho Penal Español**. Introducción. Madrid: Tecnos, 2004. Parte General. p. 200.

³⁸ ASÚA, Luis Jiménez de. **La Ley y el Delito**. Principios de Derecho Penal. Buenos Aires: Hermes, 1954. p. 107.

Desde entonces encontramos la previsión de tal principio, marco del Estado de Derecho, en las legislaciones de diversos países, incluso en la legislación brasileña, además de estar presente en todas sus Constituciones y estatutos penales que ya estuvieron en vigor.

2.3 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

La vigente Constitución Federal Brasileña, de 5 de octubre de 1988, fijó expresamente el principio de legalidad en el Título II, que trata de los “Derechos y Garantías Fundamentales”, Capítulo I, el cual versa sobre los “Derechos y Deberes Individuales y Colectivos” en su artículo 5, XXXIX: *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*. Esa disposición hace mención a las garantías de orden criminal y penal.

Ya el principio de irretroactividad de la ley penal, correlato del principio de legalidad, está reflejado en el art. 5, incisos XL, de la Constitución Federal: *“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”*.

La Constitución Federal atiende la garantía de naturaleza jurisdiccional en el art. 5, inciso LIII, LIV, LV, LVII y LXIII, *“in verbis”*:

Art. 5^o, LIII: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Art. 5^o, LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 5^o, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios a ela inerentes;

Art. 5^o, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Art. 5º, LXIII: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Asimismo, la Constitución Federal dicta algunas reglas relativas a la ejecución de las penas:

Art. 5º, XLV: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Art. 5º, XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

Art. 5º, XLVII: não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; c) de banimento; e) cruéis;

Art. 5º, XLIX: é assegurado aos presos respeito à integridade física e moral;

Art. 5º, L: às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

En el actual Código Penal brasileño de 1940, el principio de legalidad forma parte del art. 1: “*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”. Las excepciones al principio de irretroactividad de la ley penal, o sea, las hipótesis de “*abolitio criminis*” y de la “*novatio legis in mellius*”, se encuentran, respectivamente, en el art. 2º, *caput* y párrafo único, del Código Penal:

Art. 2º: Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

2.4 FUNDAMENTO POLÍTICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En palabras de Francisco Muñoz Conde, el *fundamento político* del principio de legalidad se vincula al

espíritu liberal que creó el Estado liberal de Derecho. El Estado liberal de Derecho se distingue, según Elías Díaz, por cuatro características: a) Imperio de la ley. b) División de poderes. c) Legalidad en la actuación administrativa y d) Garantía de derechos y libertades fundamentales.³⁹

Por lo tanto constituye una garantía fundamental de seguridad y libertad humana, ya que solamente la ley tiene competencia para determinar el elenco de comportamientos prohibidos, permitiendo a los ciudadanos que sean conscientes, a través de ella, de los ilícitos penales y de las sanciones penales correspondientes. En este sentido, concluye Muñoz Conde que

el objetivo fundamental del principio de intervención legalizada es el de garantizar los derechos y libertades fundamentales de las personas. La mejor manera de protegerlos es concretizarlos y formularlos en leyes y castigar con penas su lesión o violación. Los Códigos penales se convierten así en un catálogo de prohibiciones de conductas que pueden lesionar esos derechos y libertades fundamentales. De este modo se tipifican los delitos contra la vida, contra la integridad corporal, contra la libertad, contra el honor, etc., cuya esencia consiste precisamente en lesionar estos derechos fundamentales.⁴⁰

2.5 FUNDAMENTO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El *fundamento jurídico* del principio de legalidad se encuentra ya en las construcciones doctrinales del penalista alemán Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, autor del proyecto del Código Penal de Baviera de 1813 y seguidor de las tesis de Jeremy Bentham sobre la prevención general de la pena. Feuerbach presentó por primera vez la conocida formulación latina del “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, oriunda de su teoría acerca del sentido y finalidad de la sanción

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975. p. 83.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. p. 85-86.

penal, concebida por él como “coacción psicológica” sobre los individuos que forman parte de la colectividad. En esta temática señala el mencionado autor en su famoso “*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*”, de 1801, auténtica piedra angular del inicio del Derecho Penal moderno, los siguientes puntos:

I) El objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas. II) El objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación la conminación quedaría hueca (sería ineficaz). Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley.⁴¹

La tesis de Feuerbach sobre la influencia intimidatoria de la pena, es decir, la idea de que ésta tiene el poder de coaccionar psicológicamente a las personas para que no cometan acciones lesivas a bienes jurídicos, dió relieve a la función de motivación ejercida por las normas penales, en el sentido de que los individuos son inducidos a obedecer sus preceptos. Esa coacción psicológica se podría obtener con la previsión clara en la ley del hecho prohibido, con la respectiva pena, haciendo posible que las personas tuviesen conocimiento de las conductas reprobables. Sobre esto, aclara Enrique Gimbernat Ordeig que

el tipo tiene una función motivadora. En él tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar. Con ello la ley penal no hace sino acudir a un mecanismo fundamental para toda la vida social y que también utiliza, por ejemplo, el educador: amenaza con un mal (con el castigo) las conductas que pretende evitar, a fin de que, por miedo al castigo que seguiría a su acción, el educando (por ejemplo, un niño) se abstenga de cometerlas.⁴²

⁴¹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal Vigente en Alemania**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 61.

⁴² ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1976. p. 94.

Con una connotación más actual, se habla hoy día en la llamada “Teoría de la prevención general positiva fundamentadora” de que, en cierta medida, se desea imponer a los ciudadanos determinados patrones éticos-sociales a través del Derecho Penal. En esta orientación surgen como pioneros los penalistas Hans Welzel y Günther Jakobs.

En la visión de Welzel, el Derecho Penal tiene la función ético-social de garantía de vigencia de los valores que son tutelados por él, pues al establecer sanciones penales a los agentes que vengán a realizar acciones lesivas a esos bienes, el Derecho Penal sólo refuerza en la conciencia ético-social de las personas la importancia de ellos, dando lugar a que surja un sentimiento de fidelidad general al Derecho. Por lo tanto, aclara Welzel que el Derecho Penal

asegura la vigencia de los valores positivos ético-sociales de actos, tales como el respeto por la vida ajena, la salud, la libertad, la propiedad, etc. Esos valores, que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho, constituyen el substrato ético-social de las normas del derecho penal. El derecho penal asegura su real observancia determinando una pena para quienes se apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales. La misión central del derecho penal reside, entonces, en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de la pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano.⁴³

Para Jakobs, las normas jurídico-penales establecen patrones de conducta que deben ser observados por los individuos en las relaciones sociales y, aunque vengán a ser infringidas, seguirán con su plena vigencia, actuando como referencia de comportamiento. Advierte Jakobs que la *“misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”*.⁴⁴

⁴³ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. Parte General. p. 2-3.

⁴⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. Parte General. p. 14.

2.6 EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A partir de la gran difusión del principio de legalidad, principalmente después de la eclosión de la Revolución Francesa, algunos países no adoptaron sin embargo la sistemática de la ley figurando como fuente formal principal del Derecho Penal. Es el caso del Derecho Penal anglosajón. Éste se caracteriza como un sistema jurídico diferenciado, pues parte de la premisa de que el juez debe asentar sus decisiones, principalmente en el precedente judicial (“*judge-made-law*”), en la tradición judicial (“*common law*”). Este sistema fue elaborado inicialmente en Inglaterra a partir del siglo XII a través de las decisiones de las jurisdicciones reales, desarrollándose hasta el día de hoy, no sólo en Gran Bretaña, sino también en Estados Unidos, Canadá, Australia, así como en otros países. Por lo tanto, en este sistema se deja en segundo plano el Derecho legislado (“*statute law*”), el cual en el ámbito penal se encarga de disciplinar únicamente algunas cuestiones concretas genéricas, tales como las sanciones y algunos delitos específicos.

En su monumental obra “*Introduction Historique au Droit*”, el historiador John Gilissen subrayó que

o common law difere de maneira fundamental dos direitos romanistas do continente (a que os ingleses chamam civil law): o common law é um judge-made-law, enquanto a jurisprudência apenas desempenhou um papel secundário na formação e evolução dos direitos romanistas; o common law é um direito judiciário, enquanto o processo é só acessório nas concepções fundamentais dos direitos romanistas; o common law não foi muito romanizado, enquanto os direitos da Europa Continental sofreram uma influência mais ou menos forte do direito erudito elaborado no fim da Idade Média com base no direito romano; os costumes locais não desempenham qualquer papel na evolução do common law, enquanto na Europa Continental a sua influência permanece considerável até ao século XVIII; o costume do reino é, pelo contrário, uma fonte importante do common law; a legislação tem apenas uma função secundária ao lado do common law, enquanto se torna progressivamente, do século XIII ao XIX, a principal fonte de direito no continente; os direitos romanistas são direitos codificados, enquanto a codificação é quase desconhecida em Inglaterra.⁴⁵

⁴⁵ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 208-209.

2.7 REACCIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Incluso con la consolidación del principio de legalidad como instrumento limitador de la potestad punitiva del Estado, y después de haber sido bautizado por Feuerbach como el más alto y noble axioma del Derecho Penal y por Arthur Kaufmann como un principio derivado del Derecho Natural, es a finales del siglo XIX cuando surge contra él una fuerte reacción doctrinal sostenida, entre otros, por los penalistas de la Escuela Positiva Italiana, así como por los adeptos de la “*Besserungstheorie*” (Correccionalismo). Según señala Lycurgo de Castro Santos, estas líneas

defendiam o postulado de que o juiz deveria ser completamente livre para julgar no marco de um Direito Penal defensista ou voltado para ‘curar’ o delinqüente. Para os mais entusiastas prosélitos destas escolas, não deveria haver limites de pena e era função do Direito Penal antecipar-se ao delito, determinando quem eram os indivíduos perigosos e potenciais infratores das normas fundamentais à convivência social.⁴⁶

Sin embargo, el estado de penuria del principio de legalidad se deflagró con la llegada de los modernos regímenes totalitarios verificados vehementemente en Rusia y Alemania, períodos en los que el Derecho Penal fue utilizado como instrumento para el mantenimiento del poder y la consecución de programas políticos despóticos.

Así, en los Códigos Penales Rusos de 1922 y 1926 se aceptaba expresamente el uso de la ley penal por analogía (analogía “*in malam partem*”) como forma de ampliación de la actuación represiva del Estado, siendo entonces una sistemática que perjudicaba la seguridad jurídica de los individuos. El art. 6º, del Código Penal Ruso de 1926, al definir el delito preceptuaba:

se reputa peligrosa toda acción u omisión dirigida contra la estructura del Estado Soviético, o que lesione el orden jurídico creado por el régimen de los trabajadores y campesinos para la época de transición para la organización comunista. No se va a considerar como delito el hecho que,

⁴⁶ CASTRO DOS SANTOS, Lycurgo. O Princípio da Legalidade no Moderno Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 4, n. 15, p. 185, 1996.

aun reuniendo los caracteres formales previstos en algunos de los artículos de este Código, carezca sin embargo de un carácter peligroso por su manifiesta insignificancia y por su falta de consecuencias dañosas.

Finalmente, el art. 16 del referido Código Penal establecía que “cuando algún hecho peligroso no esté expresamente previsto en este Código, el fundamento y la extensión de su responsabilidad se determinarán atendiendo a los artículos de esta ley que prevean los delitos más semejantes”.

También en Alemania se observó durante la época del Nacionalsocialismo una ruptura con la estricta legalidad penal, pues a través de una ley, de 28 de junio de 1935, se cambió la redacción del art. 2º, del Código Penal de 1871, entonces vigente, disponiendo que *“será castigado quien cometiere un delito declarado punible por la ley, o que merezca una sanción según la idea fundamental de la ley penal y el sano sentimiento del pueblo”*, introduciendo así cláusulas contrarias al principio de intervención legalizada, pues, en puridad, la “sana conciencia popular” se refería de plano a los ideales nazis obligatorios para todos los súbditos. Con eso, observa Miguel Reale Júnior, *“o conceitualismo do principio nullum crimen, nulla poena sine lege é substituído por uma concepção material, segundo a qual a configuração do delito depende do espírito da lei ou do são sentimento do povo, com o que se consagra o principio nullum crimen sine poena”*.⁴⁷

Pero en verdad, tanto en Rusia como en Alemania se registran en los referidos períodos reacciones favorables al principio de reserva legal, pues las reformas legislativas posteriores hicieron volver al uso de la exclusiva legalidad en el campo penal. En el caso de Rusia esto se llevó a término mediante las alteraciones normativas verificadas en una ley de 25 de diciembre de 1958, la cual incorporó la regla de legalidad de los delitos y de las sanciones penales en el art. 1º, del Código Penal, estableciendo que la *“legislación penal de la URSS y de sus Repúblicas define las acciones socialmente peligrosas consideradas delitos y conmina las penas que van a ser aplicadas a sus agentes”*. En Alemania, con la caída del poder nazi fue necesaria una amplia reforma estructural del ordenamiento jurídico, surgiendo leyes como las de 20 de septiembre de 1945, 30 de enero de 1946, 20 de junio de

1947, así como la de 25 de agosto de 1953, las cuales invalidaron diversos enunciados legales surgidos de la gestión del *Führer*, estableciendo el actual Código Penal Alemán en su parágrafo 2º que la pena que va a ser aplicada es la conminada al delito en la fecha de su comisión, si bien se admite la retroactividad de la ley penal más favorable.

Sobre otros Estados europeos que vivieron regímenes dictatoriales, subraya José Cerezo Mir que

en el Derecho Penal fascista italiano no se suprimió, en cambio, el principio de legalidad, así como tampoco en España, después de la guerra civil. Es cierto que en el Anteproyecto de Código penal de la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange, de 1938, estaba prevista la admisión de la analogía, pero este Anteproyecto no se convirtió en Ley, no llegando a suprimirse así el principio de legalidad, aunque fue infringido en alguna ocasión.⁴⁸

También hubo una infracción contundente del principio de legalidad durante los Juicios de Nuremberg, cuyas decisiones se basaban en el Derecho consuetudinario. Además, fueron elaboradas algunas figuras típicas ilícitas, las cuales fueron aplicadas a situaciones pretéritas, aunque no estuviesen catalogadas en el cuerpo legislativo vigente en la época, es decir, durante el tiempo de la práctica de los notorios hechos atroces. Es lo que relata el penalista alemán Hans-Heinrich Jescheck, al destacar que

en la Segunda Guerra Mundial, las potencias aliadas pronto se pusieron de acuerdo para perseguir penalmente tras la victoria a los responsables políticos, militares y financieros de Alemania y sus aliados. En el Acuerdo de Londres de 8-8-1945 se acordó por las cuatro grandes potencias aliadas castigar los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad y en base a él tuvo lugar el proceso contra los principales criminales de guerra ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Pero este Tribunal no era un órgano de la Comunidad Internacional, sino un Tribunal de las potencias aliadas ocupantes. Y aunque la penalidad de los crímenes de guerra se apoyaba en el antiguo Derecho Internacional consuetudinario, los aliados introdujeron nuevos delitos con efecto retroactivo como el provocar una guerra de agresión o los

⁴⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 23.

⁴⁸ CEREZO MIR, Jose. Op. cit., p. 201-202.

crímenes contra la humanidad (en tanto éstos no coincidían con el Derecho Penal estatal vigente), para lo que difícilmente podrían estar facultados.⁴⁹

2.8 GARANTÍAS QUE DERIVAN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2.8.1 Garantía criminal. Las fuentes del derecho penal brasileño

La garantía criminal se asocia a la circunstancia de que ningún hecho puede ser reputado como criminal sin que una ley anterior lo haya previsto (“*nullum crimen sine praevia lege*”). La regla de la necesaria anterioridad de la ley penal significa que la misma no puede ser aplicada retroactivamente de modo desfavorable a los individuos. Pero tratándose de una ley posterior cuyo contenido se presente más favorable que los preceptos normativos anteriores, se hace imperativa la eficacia retroactiva de la “*loi plus douce*”. Hay que destacar que, en Brasil, la irretroactividad de la “*lex gravior*”, se refiere únicamente a las leyes penales materiales, no abarcando las leyes penales procesales en sentido estricto, las cuales pueden incidir en todos los supuestos fácticos de forma inmediata una vez han entrado en periodo de vigencia efectiva. Es lo que establece el art. 2º, del Código del Proceso Penal Brasileño, de 1941, al enunciar que “*a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*”, representando, de esa forma, la aplicación del denominado principio del “*tempus regit actum*”.

El principio del “*nullum crimen sine praevia lege*” abarca también la idea de reserva de ley, en el sentido de que solamente la ley estricta, emanada del Parlamento y elaborada en la forma programada por la Constitución y de acuerdo con la voluntad social preponderante, puede constituirse en fuente productora de incriminación de acciones humanas, así como de agravamiento de las consecuencias penales atribuidas a los infractores. Dispone el art. 22, I, de la Constitución Federal, que “*compete privativamente à União legislar sobre: I- direito*

⁴⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1981. Parte General. v. 1, p. 163.

civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

Por lo tanto, la fuente material o de producción del Derecho Penal es el Estado a través del legislador de la Unión, de forma que solamente éste tiene la competencia para definir las infracciones penales y conminar las respectivas consecuencias jurídicas, impidiendo la delegación e intromisión del Poder Ejecutivo en esa actividad, alejando de ese campo el instituto de la medida provisoria, así como el uso de la costumbre y analogía “*in malam partem*”.

Cabe destacar que en el Derecho Penal brasileño es posible usar la costumbre, los principios generales del derecho, la analogía “*in bonam partem*”, así como otras modalidades de fuentes, cuando sea para contener la actuación punitiva estatal; igualmente para que sea posible la utilización de causas supralegales de exclusión de las categorías de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, con vistas a un tratamiento jurídico más favorable de los agentes.

2.8.1.1 La Medida Provisoria y su utilización en el Derecho Penal Brasileño. La Sistemática Legislativa en el Derecho Penal Español

En relación con la medida provisoria, la Constitución Federal brasileña instruyó en su art. 62 que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo-se submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

Está claro que ese instrumento, que no es una ley, pero sí un acto legislativo que tiene fuerza de ley, no puede producir ilícitos y sanciones de naturaleza penal, ya que en un Estado Democrático de Derecho solamente la ley formalmente emanada de un Poder Legislativo constitucionalmente estructurado tiene esa facultad. Por lo tanto, en este aspecto estamos de acuerdo con Francisco de Assis Toledo, cuando afirma que

a medida provisória, por não ser lei, antes de sua aprovação pelo Congresso, não pode instituir crime ou pena criminal. Se o faz choca-se com o princípio da reserva legal, apresentando um vício de origem que não se convalida pela sua eventual aprovação posterior, já que pode provocar situações e males irreparáveis.⁵⁰

Efectivamente, una interpretación distinta a la sostenida *supra* conduciría a admitir, por ejemplo, la posibilidad de ocurrencia de la privación de la libertad humana mediante una detención en flagrancia por hechos ilícitos creados de forma repentina, dejando con ello inviable el desarrollo de un procedimiento racional de asimilación de los nuevos comportamientos ilícitos por parte de los destinatarios de las normas, bajo el argumento cuestionable del carácter de relevancia y de urgencia de la medida. Además, este procedimiento puede propiciar, igualmente, la usurpación de algunas garantías fundamentales del ciudadano, ocasionando, según Assis Toledo,

conseqüências funestas de certas atividades policiais ostensivas, praticadas com grande publicidade, em geral causadoras de desonra ou ofensas à integridade física de pessoas, as quais de repente poderão ser transformadas em vis criminosos pelo curto espaço de tempo de trinta dias durante a vigência do malogrado arremedo de lei.⁵¹

Cabe destacar que cuando el citado autor menciona el lapso temporal de treinta días de vigencia de la medida provisoria se refiere a su reglamentación constitucional anterior a la reprobación de la Enmienda Constitucional núm. 32/01, la cual amplió el plazo de duración de ese instrumento a sesenta días, prorrogable por igual período (art. 62, § 3º, de la CF).

Todavía sobre esta temática aclaran acertadamente Claus Roxin, Gunther Arzt y Klaus Tiedemann que

el Derecho Penal comporta las intervenciones más graves en la libertad de los ciudadanos que conoce nuestro ordenamiento jurídico. La seguridad y la

⁵⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 24.

⁵¹ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 25.

paz jurídicas requieren que los particulares sean protegidos lo más ampliamente posible frente a decisiones imprevisibles. A su vez, el principio constitucional de la división de poderes reclama que sólo el legislador, como representante directo de la voluntad popular, decida acerca de la punibilidad de una conducta.⁵²

No obstante, en la doctrina penal brasileña no son todos los penalistas absolutamente contrarios a la utilización de las medidas provisionales en el medio penal, admitiéndose alguna flexibilidad, como entiende, por ejemplo, Fernando Capez, el cual defiende la tesis de que

as medidas provisórias podem veicular matéria penal, desde que sua vigência fique submetida à condição suspensiva de sua conversão em lei pelo Congresso Nacional. Assim, tão logo deixem de existir como ato normativo do Poder Executivo, terão plena eficácia na esfera criminal. Em outras palavras, desde que não tenham eficácia imediata e fiquem com sua incidência condicionada à prévia manifestação do Poder Legislativo, a definição de crimes e a cominação de penas por meio delas não acarretarão ofensa à separação dos Poderes nem aos direitos fundamentais do indivíduo. É que, uma vez convertida em lei, não haveria mais que se falar na existência de medida provisória e, por conseguinte, em ofensa ao princípio da reserva legal.⁵³

En el mismo sentido se posiciona el profesor y ex Ministro del Tribunal Superior de Justicia, Luiz Vicente Cernicchiaro, el cual en su obra “Direito Penal na Constituição”, escrita conjuntamente con el penalista Paulo José da Costa Júnior, admite la posibilidad de la *“medida provisória tratar também de matéria penal, entretanto, nesse aspecto, só ganhará vigência, após aprovada pelo Congresso Nacional”*⁵⁴.

A pesar de que estos respetados penalistas defienden esa orientación, no obstante no estamos de acuerdo con ella, pues, aunque medie la debida manifestación del Congreso Nacional, aprobando el contenido de la medida provisional creadora de tipos penales incriminadores y transformándola en ley,

⁵² ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal**. Barcelona: Ariel, 1989. p. 36.

⁵³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000. Parte Geral. p. 32.

⁵⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 49.

entendemos que en un "Estado Democrático de Derecho" solamente la ley ordinaria y la complementaria, las cuales siguen de forma regular el procedimiento legislativo programado por la Constitución, tienen fuerza y legitimidad para ello. En consecuencia, no puede admitirse que el Derecho Penal se subordine a la influencia sentimental e ideológica de solo una persona, aunque sea el jefe de la nación electo por la mayoría de la población. La circunstancia de haber pasado por la criba del Congreso Nacional no saca el vicio de origen y, por lo tanto, el carácter inconstitucional de todo procedimiento. Además de eso, existe la restricción, enunciada por José Cirilo de Vargas, de que la medida provisoria

insere-se na categoria das leis delegadas, não havendo quem possa negar essa natureza (e só adquire o status de lei após aprovada pelo Congresso). Sendo verdade que tal medida resulta de delegação de um Poder a outro, é de inteira aplicação o art. 68, § 1º, da Constituição: esta não permite que se delegue poder para o Executivo legislar acerca de direitos fundamentais, como o de liberdade.⁵⁵

Sin embargo, en la historia reciente del Derecho Penal Brasileño, nos encontramos ante de una amplia difusión de las orientaciones contrarias, con medidas provisionales de contenido penal disciplinando nuevas figuras ilícitas en el ámbito del servicio público y del abuso de poder, ocasionando controversias y litigios jurídicos pendientes hasta el día de hoy. Por ejemplo, en la época del gobierno del Presidente Fernando Collor de Mello, el cual posteriormente fue depuesto por el proceso de "*impeachment*", cuando de la institución del Plano Brasil Novo, con vistas a atenuar el proceso inflacionario en el país, fueron elaboradas las Medidas Provisórias n. 153, que definía los delitos de abuso de poder económico, y la de n. 156, que versaba sobre delitos contra la Hacienda Pública, conminando sanciones penales a contribuyentes, servidores de la Hacienda y terceros. Ambas surtieron efecto tan pronto como fueron publicadas en el órgano oficial, ocasionando una serie de detenciones arbitrarias, ampliamente divulgadas por los medios de comunicación, en el mejor estilo del "Derecho Penal simbólico", siendo posteriormente declaradas nulas y sin eficacia alguna con la reprobación de la Medida Provisória n. 175.

⁵⁵ VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. Parte Geral. Tomo I, p. 83.

Durante el gobierno del Presidente José Sarney no fue diferente, pues a través de Medida Provisoria se creó una nueva modalidad de detención provisional, denominada prisión temporal, instituyéndose además una nueva figura típica en el art. 4º, de la Ley 4898/65, que trata del abuso de autoridad. Informa Alberto Silva Franco que

tal medida provisória foi convertida na Lei n. 7960, de 21.12.89, publicada no Diário Oficial da União, do dia imediato, assumindo, então, o Congresso Nacional uma co-responsabilidade política pelo conteúdo do referido instrumento normativo. A existência de lei de conversão não representa, no entanto, a sanção das inconstitucionalidades contidas na medida provisória original. Por mais relevante que seja, no plano político, a aprovação pelo Congresso Nacional da medida provisória, não decorre daí a conformidade da lei convertedora com a Constituição Federal.⁵⁶

Esa idea de que solamente el Poder Legislativo tiene el poder de elaborar los tipos penales incriminadores y conminar las respectivas sanciones penales deriva de la doctrina de la separación de poderes de Montesquieu, procedente de su obra, publicada en 1748, "*De l'Esprit des lois, ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce*", dando lugar a que todos los países que recibieron esas directrices del célebre pensador francés estableciesen la regla de que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial están impedidos de actuar en ese sector, de competencia exclusiva, por lo tanto, de los parlamentarios, representantes de la *vox populi*. Dijo Montesquieu, en un pasaje célebre, que

há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.⁵⁷

⁵⁶ SILVA FRANCO, Alberto, SILVA JÚNIOR, José, BETANHO, Luiz Carlos et al. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 30.

⁵⁷ MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. XXI. p. 156-157.

Más adelante advierte que

quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.⁵⁸

Así pues, es a través de la división armónica de poderes donde se saca del magistrado la tarea de elaboración de las normas penales incriminatorias, quedando éste limitado a la función de aplicación del Derecho; lo mismo pasa con el Poder Ejecutivo, encargado, no de hacer las leyes penales, pero sí del desarrollo de las actividades relativas al buen funcionamiento de la Administración Pública de forma general. Con todo, advierte Luiz Flávio Gomes, en un escrito denominado “Princípio da legalidade (o de la reserva legal) e os limites das medidas provisórias em Direito Penal”, que

eventuais e muitas vezes inevitáveis remissões (no momento da formulação do tipo penal) a atos do Poder Executivo (leis penais em branco) ou a valorações complementares do Juiz (requisitos típicos normativos) não podem se afastar dos limites do estritamente indispensável. É dever impostergável do legislador limitar o máximo possível a discricionariedade do juiz ou da autoridade pública e isso deve ser concretizado com a observância da garantia da lex certa (precisão máxima possível na descrição típica). A escolha e a conseqüente decisão político-criminal de criminalizar ou não criminalizar, de penalizar mais intensamente ou despenalizar, obviamente, é de exclusividade absoluta do legislador; jamais poderão os demais poderes usurpar-lhe essa tarefa. Mas muitas vezes torna-se impossível descrever dados técnicos ou conceituações de abrangência praticamente inesgotável (v.g: o conceito de negligência nos crimes culposos). É justamente nessas áreas muito restritas que não há como eliminar a integração dos demais Poderes (Executivo e Judiciário) para a completa configuração do delito.⁵⁹

Para que esas limitaciones de competencia quedasen bien resguardadas, los constituyentes tendrían que haber insertado en el texto original de la Constitución

⁵⁸ Idem, ibidem.

⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Legalidade (ou da reserva legal) e os limites das medidas provisórias em Direito Penal. In: GOMES, Luiz Flávio (coord). **Responsabilidade Penal da Pessoa**

brasileña de 1988 una regla expresa en el sentido de que el instrumento normativo capaz y legítimo para crear infracciones y sanciones penales es solo “a *lex populi*”, originada obligatoriamente del Poder Legislativo (“*lex est quod populus jubet atque constitui*”), desterrándose absolutamente del campo penal el intento de las medidas provisionales.

Puede observarse como esa preocupación se puso de manifiesto cuando fue hecha la Constitución española, de 27 de diciembre de 1978, y que en su art. 86.1 fijó que “en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-Leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general”, lo que fijó limitaciones al uso de ese instrumento. Hay que destacar también que los arts. 53.1 y 86, del mismo cuerpo legislativo, enuncian que el ejercicio de los derechos y libertades sólo deberá ser regulado por ley y que los decretos-leyes no podrán perjudicar las prerrogativas fundamentales de los ciudadanos.

De ese modo, en España, aclara Luiz Flávio Gomes⁶⁰, prevalece la línea doctrinal en el sentido de que solamente a través de ley orgánica es posible legislar en materia penal, con base en lo que dispone el art. 81.1 de la Constitución, que enuncia que

son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Se sostiene que las leyes de carácter penal poseen una unión con el elemento normativo constitucional referente al “desarrollo de los derechos

Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 215-216.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Legalidade..., p. 228.

fundamentales y de las libertades públicas”, introducido en el artículo citado *supra*, de forma que ha de exigirse en todas las hipótesis de naturaleza criminal la necesidad de ley orgánica, pues cualquiera que sea la modalidad de pena a aplicar siempre se afectará, como mínimo, el honor del condenado, bien jurídico calificado como de “derecho fundamental”. En ese sentido se posicionan Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán diciendo que

la ley penal expresa los intereses que la sociedad considera más importantes para la convivencia, destinando a su protección el instrumento más grave de que dispone. La legitimación exclusivamente atribuida al legislador para elaborar la ley penal debe ejercerse con el máximo consenso posible en torno a su elaboración y promulgación, lo que resulta favorecido por la exigencia de la mayoría cualificada propia de las leyes orgánicas.⁶¹

Con todo, hay algunos autores en la doctrina española que amplían la capacidad de abarcar de las fuentes del conocimiento del Derecho Penal, admitiendo, además de la ley, el decreto-ley, los decretos legislativos, y las llamadas bandos militares, que constituyen un caso especial de leyes delegadas y utilizadas solamente en casos extraordinarios, por ejemplo, en estado de guerra, presentándose, entonces, como leyes temporales y excepcionales. Es lo que entiende José María Rodríguez Devesa, para quien

en los países pertenecientes a nuestro círculo de cultura hay, sin embargo, determinadas disposiciones que se consideran a todos los efectos como una ley penal, aunque no reúnen sus requisitos formales. Son las leyes delegadas y las ordenanzas de necesidad o leyes de urgencia.⁶²

Finalmente, existe una línea doctrinal que podríamos calificar como ecléctica, que interpretando el art. 53.1, de la Constitución española, entiende que en verdad lo que hay es una reserva de ley ordinaria, no siendo siempre necesario el uso de ley orgánica. Según opinión de Antonio García-Pablos, expuesta en la primera edición de su obra “Derecho Penal: Introducción” (1995),

⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 103.

⁶² DEVESA, Rodríguez. **Derecho Penal Español**. Madrid: Dykinson, 1991. Parte General. p. 180.

las penas y medidas de seguridad privativas de libertad afectan siempre y en todo caso, de forma directa, a dichos “derechos fundamentales y libertades públicas”: concretamente, al derecho de libertad, proclamado en el artículo 17 de la Constitución. Por lo que la ley que establezca penas o medidas de esta naturaleza requiere el rango de ley “orgánica” (...) Por el contrario, las penas y medidas de seguridad que no afecten a derechos fundamentales podrán ser establecidas por “leyes ordinarias”. Las materias regulables por ley ordinaria pueden ser objeto de “delegación legislativa”, según el artículo 82 de la Constitución, a diferencia de aquellas otras que, por afectar a derechos fundamentales, exigían ley orgánica. Ni una ni otra clase de materias, en cambio, pueden ser reguladas por Decreto Ley.⁶³

Sobre el tema aquí destacado, el Tribunal Constitucional español se pronunció en el año 1986 en el sentido de la inconstitucionalidad de la controvertida Ley Ordinaria 40/79 (sentencias 140 y 160/86), la cual versaba sobre el sistema de cambios y que definía figuras delictivas con las respectivas penas, bajo el fundamento de que la Constitución de 1978 exige ley orgánica para regular materia de carácter penal, ya que la misma representa una restricción de derechos fundamentales, apoyando la primera línea doctrinal presentada arriba. Señala la profesora María Inmaculada Ramos Tapia que

igualmente las SSTC 118/1992 y 119/1992 declararon inconstitucionales por la misma razón los artículos 10.3 y 10.2 de la Ley 39/1981 sobre el uso de la bandera de España y otras banderas y enseñas, que establecían penas de prisión para quienes infringieran sus prohibiciones. Más recientemente reitera la exigencia de Ley Orgánica para las normas penales que establezcan penas privativas de libertad la STC 234/1997.⁶⁴

El problema del uso de la medida provisoria para disciplinar materias de naturaleza penal solamente fue resuelto en Brasil cuando surgió la Enmienda Constitucional n. 32, de 11/09/2001, la cual, al cambiar la redacción del art. 62 de la Carta Magna, añadió un enunciado legal en el sentido de que fue vedada la aprobación de medidas provisórias sobre materia relativa al Derecho Penal y

⁶³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal**. Introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1995. p. 236-237.

⁶⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). **Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. Parte General. p. 244.

Derecho Procesal Penal (art. 62, § 1º, I, “b”, de la CF), poniendo así fin a las controversias alrededor del tema.

Sin embargo, en opinión de Luiz Flávio Gomes, las medidas provisionales son perfectamente admisibles en el campo penal si presentan un contenido más benéfico a los sujetos infractores en comparación con las disciplinas normativas anteriores. Este autor recuerda, como ejemplo de esa hipótesis, la reciente Medida Provisional n. 1.710, la cual creó un programa antipolución que permitía a las empresas provocar determinados índices de polución, pero con la obligación de reducir los niveles cada año. Así, dice Luiz Flávio Gomes, “*em favor do réu cabe inclusive analogia. Até mesmo os costumes podem beneficiá-lo. Nesse contexto, não há como afastar a possibilidade de as medidas provisórias beneficiarem o agente*”.⁶⁵ En sentido contrario se posiciona Damásio de Jesus, considerando que la Medida Provisional n. 174, de 18/03/2004, en su art. 1º, amplió temporalmente la validez legal de posesión de armas de fuego ya concedidas y dilató los plazos para el registro inicial y para la entrega de los instrumentos irregulares que se puedan poseer, materias reguladas en la reciente Ley 10.826, de 22/12/2003 (Estatuto del Desarme), creando así un tipo de amnistía provisional, ya que retrasó la entrada en vigor de algunas de sus normas penales incriminatorias. Según Damásio de Jesus “*a disposição contida em medida provisória a qual retarda a vigência de lei incriminadora, sendo de natureza penal, ainda que benéfica ao agente, encontra obstáculo, para nós intransponível, no art. 62, da CF*”.⁶⁶ Posteriormente fue aprobada la Medida Provisional n. 229, de 17/12/04, en la que, en su art. 5º, el Gobierno Federal alteró nuevamente el plazo de incidencia del tipo penal incriminador relativo al comportamiento de poseer irregularmente arma de fuego, por lo que hasta el día 23 de junio de 2005, los poseedores y propietarios de armas de fuego sin registro podrían entregarlas a la Policía Federal, mediante recibo y presumiendo buena fé, pudiendo ser indemnizados. Observa Bruno Corrêa Gangoni que

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Parte Geral. Introdução. p. 130.

⁶⁶ JESUS, Damásio de. Estatuto do Desarmamento: Medida provisória pode adiar o início de vigência de norma penal incriminadora? **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, Ano V, n. 26, p. 9, 2004.

assim como a Medida Provisória nº 174, esta nova medida provisória, neste dispositivo legal, também regula matéria de Direito Penal e, portanto, pelas mesmas razões acima expostas, é flagrantemente inconstitucional, como também será, conseqüentemente, eventual lei de conversão.⁶⁷

Sosteniendo una idea opuesta, Marcelo Lessa Bastos dice que

a garantia do nullum crimen, nulla poena sine lege, conferindo-se à palavra lei sua acepção formal, é estabelecida em função do cidadão, como proteção dele contra a vontade unilateral do Presidente da República. Ora, se a medida provisória vem exatamente para proteger o cidadão da incidência da norma penal, não há razão para invocar a garantia.⁶⁸

2.8.2 Garantía Penal

La garantía de la “*nulla poena sine praevia lege*”, significa que no se puede aplicar una pena que no haya sido previamente conminada en la ley. Por lo tanto, no es suficiente con que las conductas indeseadas por el Estado estén previamente descritas en la legislación. Además de eso, hay que extender también la referida regla a las consecuencias jurídico-penales atribuidas a los autores de las acciones ilícitas. En la legislación brasileña esa garantía está reflejada en el art. 5º, XXXIX, de la Constitución Federal de 1988 y en el art. 1º del Código Penal, que establecen que “*não há pena sem prévia cominação legal*”.

La pena, definida por Sebastian Soler como “un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos”⁶⁹, se presenta en el Código Penal brasileño, en su art. 32, bajo tres formas: penas privativas de libertad, restrictivas de derechos y de multa.

⁶⁷ GANGONI, Bruno Corrêa. A plena vigência do art. 12 do Estatuto do Desarmamento face a inconstitucionalidade de medida provisória em matéria penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 12, n. 149, p. 15, 2005.

⁶⁸ BASTOS, Marcelo Lessa. A Medida Provisória Nº 229/04 e o Estatuto do Desarmamento – retomando a questão da eficácia de seus arts. 12 e 14 (posse irregular de arma de fogo). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 12, n. 147, p. 10, 2005.

⁶⁹ SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1956. Tomo II. p. 399.

Las penas privativas de libertad conminadas a los delitos son reclusión y detención, mientras que para las faltas, infracciones de menor grado, se prevé la prisión simple.

Las penas restrictivas de derechos, sustitutivas de las privativas de libertad, desde la reprobación de la Ley 9714, de 25 de noviembre de 1998, son: la prestación pecuniaria, la pérdida de bienes y valores, la prestación de servicios a la comunidad o a entidades públicas, la interdicción temporal de derechos y la limitación de fines de semana.

2.8.2.1 La Garantía Penal y la Responsabilidad Criminal de la Persona Jurídica

Cabe destacar que con la Ley 9605/98, la cual regula las sanciones penales y administrativas derivadas de conductas y actividades lesivas al medio ambiente y da otras providencias, se fijó por primera vez en nuestro país la responsabilidad penal de la persona jurídica, inspirada en el modelo acogido por el Código Penal francés de 1994 y en el sistema angloamericano, rompiendo así con el clásico principio “*societas delinquere non potest*”, cimentado por Feuerbach y Savigny. Dispone el art. 3º de la innovadora legislación, que

as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Se adopta el sistema de doble imputación, pues la responsabilidad de las personas jurídicas no aleja la de las personas físicas que participan del hecho delictivo. Las penas aplicables a las personas jurídicas, en el supuesto de ser condenadas por actividades lesivas al medio ambiente, son las relacionadas en el art. 21: multa, restrictivas de derechos y prestación de servicios a la comunidad. Las penas restrictivas de derechos son, según el art. 22: suspensión parcial o total de actividades; interdicción temporal de establecimiento, obra o actividad y la

prohibición de contratar con el Poder Público y de obtener de él subsidios, subvenciones o donaciones. Ya la pena de prestación de servicios a la comunidad por parte de la persona jurídica está regulada en el art. 23, y consiste en: costear programas y proyectos ambientales, ejecución de obras de recuperación de áreas degradadas, manutención de espacios públicos; contribuciones a entidades ambientales o culturas públicas. Finalmente, en el art. 24 de la ley represiva especial se establece la previsión de la pena más grave, calificada apropiadamente por José Carlos Meloni Sicoli como “*pena de morte da pessoa jurídica*”⁷⁰. La referida disposición legal establece que:

a pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Sin embargo, en Brasil no se dieron ciertas cautelas procedimentales similares a las seguidas en el sistema jurídico francés, en el cual se redactó una Ley de Adaptación al Código Penal de 1994 (Ley n. 92-1336, de 16 de diciembre de 1992) y el Decreto n. 93-726/93, con vistas a la alteración de reglas penales y procesales con el objetivo de posibilitar la recepción de la persona jurídica como ente criminal. Tales disposiciones incorporadas al sistema jurídico francés instituyeron, de modo particular, la previsión expresa del principio de especialidad, en el sentido de que las infracciones penales posibles de ser aplicadas a las personas jurídicas deben estar taxativamente contempladas en tipos penales incriminatorios propios, en obediencia al principio de legalidad, principalmente en lo que concierne a la garantía criminal. Observa con propiedad Luiz Régis Prado que

em nosso País, deu-se o contrário, visto que o legislador de 1998, de forma simplista, nada mais fez do que enunciar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem lograr, contudo, instituí-la. Isto significa não ser ela passível de aplicação concreta, pois faltam-lhe instrumentos hábeis e indispensáveis para tal propósito. Não há como, em

⁷⁰ SICOLI, José Carlos Meloni. A Tutela Penal do Meio Ambiente na Lei 9605, de 13 de fevereiro de 1998. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 6, n. 65, p. 5, 1998.

termos lógico-jurídicos, transgredir principio fundamental como o da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica, ancorado solidamente no sistema de responsabilidade da pessoa natural, sem fornecer, de outro lado, elementos básicos e específicos conformadores de um subsistema ou microsistema de responsabilidade penal, inclusive com previsão explícita de regras processuais penais. Faz-se ainda imprescindível normas harmonizadoras que propiciem uma convivência entre uma (geral) e a outra (excepcional). E, frise-se, qualquer tentativa em sentido oposto seria uma violação flagrante de vários dispositivos constitucionais, entre os quais, o da legalidade dos delitos e das penas (art., 5, XXXIX, CF).⁷¹

En lo que toca al principio de legalidad, objeto de nuestro análisis, cabe destacar que las penas conminadas en los tipos penales incriminatorios de la Parte Especial de la Ley Ambiental (Ley 9605/98) son privativas de libertad, de modo que son normas dirigidas, sin duda, únicamente a las personas físicas.

Con base en ese cuadro de la estructura legislativa brasileña sobre la protección ambiental, lleno de huecos y dudas procedimentales, Luís Paulo Sirvinskaskas plantea las siguientes cuestiones:

como aplicar as penas contidas na parte geral da lei às pessoas jurídicas? Como fazer a integração da parte geral à parte especial? Como fazer a dosimetria da pena? O legislador não estaria colocando nas mãos do juiz um poder que não lhe incumbe ao permitir fazer a integração das penas contidas na parte geral à parte especial? O juiz não poderia impor a pena à pessoa jurídica sem respeitar um patamar entre o mínimo e o máximo, podendo inclusive, determinar o fechamento da empresa com conseqüências graves e irreversíveis à sociedade? A pessoa jurídica não tem o direito de saber de antemão a pena aplicável entre um mínimo e um máximo, bem como os tipos penais atribuídos à pessoa jurídica? As penas atribuídas às pessoas jurídicas não seriam substitutivas das penas privativas de liberdade contidas na parte especial? Essa falta de integração não estaria ferindo o princípio da legalidade e o princípio da proporcionalidade da pena? Qual seria o rito processual para se processar e julgar uma pessoa jurídica? Seria essa a melhor técnica legislativa?⁷²

Lo ideal hubiera sido que el legislador brasileño hubiera seguido la misma sistematización que la llevada a cabo en la legislación francesa, abriendo un capítulo específico en el cual serían insertados expresamente, de forma clara y sintética, los delitos susceptibles de ser cometidos por las personas jurídicas, con sus respectivas

⁷¹ RÉGIS PRADO, Luiz. Crime Ambiental: Responsabilidade... p. 3.

penas, perfectamente determinadas. Al contrario, el legislador patrio eligió un camino que viola el principio de legalidad, pues esquematizó en el sentido de que las disposiciones que conminan las sanciones penales a los entes societarios, presentes en la Parte General de la Ley Ambiental (arts. 21, 22, 23 e 24), constituyen reglas de extensión frente a aquéllas de la Parte Especial, rompiendo la tradicional técnica legislativa de las normas incriminatorias de contener dos preceptos: el primario, describiendo el ilícito penal de forma minuciosa, y el secundario, conminando una sanción penal adaptable al sujeto activo del delito.

De este modo, tenemos que concluir afirmando que la sistemática legislativa de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica, prevista en la Ley Ambiental, aun sosteniendo doctrinalmente que siguió las directrices del Derecho Penal moderno, posee numerosas imperfecciones sustanciales, lesionando concretamente el principio de intervención legalizada, específicamente en el aspecto de la “*garantía criminal*”.

2.8.2.2 La Garantía Penal y las Medidas de Seguridad. El Principio de Legalidad y el Principio de Reserva de Ley

En Brasil tenemos una sistemática, conforme la enseñanza de Muñoz Conde⁷³, caracterizada por un “Derecho Penal dualista”, pues además de las penas disponemos de las medidas de seguridad como forma de prevención y lucha contra la delincuencia. La medida de seguridad, para João José Leal, es un instrumento de

defesa da sociedade, aplicável ao autor de um tipo penal que apresente periculosidade para o grupo social por ser portador de doença mental, visando a seu tratamento psíquico ou moral. O que a caracteriza, em relação à pena, é seu caráter exclusivamente terapêutico e o fato de ser aplicada a quem apresente perigo para o meio social.⁷⁴

⁷² SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 23-24.

⁷³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. Bogotá: Temis, 1999. p. 39.

⁷⁴ LEAL, João José. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1998. Parte Geral. p. 440.

Por lo tanto, la medida de seguridad se destina a algunos individuos dotados de peligrosidad, calificados como inimputables o semi-imputables, debiendo ser ejecutada durante un plazo indeterminado, perdurando mientras no sea averiguada, mediante pericia médica, la cesación de la referida condición del sujeto. El juez debe fijar un plazo mínimo de entre uno y tres años, que después de transcurrido autoriza la realización de una pericia médica (art. 97, § 1º, del Código Penal). En caso de que no sea constatado el cese de la peligrosidad el sujeto seguirá siendo sometido a la medida de seguridad, debiendo ser hecha anualmente una nueva pericia, o en cualquier tiempo, cuando así lo determine el juez de la ejecución (art. 97, § 2º, del Código Penal).

Son dos las clases de medidas de seguridad contempladas en nuestro Código Penal: la medida de seguridad privativa de libertad, consistente en el internamiento en un hospital de custodia y tratamiento psiquiátrico, y la medida de seguridad restrictiva, que corresponde al sometimiento a tratamiento ambulatorio (art. 96, I y II, del Código Penal).

Como destaca Ricardo Antunes Andreucci, en la fase judicial de individualización,

tanto nos crimes apenados com reclusão, como nos crimes apenados com detenção, a espécie de medida de segurança adequada será a internação. A lei faculta ao juiz, entretanto, no art. 97, caput, segunda parte, do Código Penal, que submeta o agente a tratamento ambulatorial, no caso de ser o fato previsto como crime apenado com detenção, sempre em atenção à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e à periculosidade apresentada. Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.⁷⁵

Los destinatarios de las medidas de seguridad son los inimputables incluidos en el art. 26, *caput*, del Código Penal, o sea, las personas con enfermedad mental y los que presenten desarrollo mental incompleto o retardado, de modo que resultan ser, al tiempo de la acción o de la omisión, totalmente incapaces de entender el

⁷⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. Parte Geral. v. 1. p. 137.

carácter ilícito del hecho o de comportarse de acuerdo con ese entendimiento. En esas situaciones, habiendo comprobado que el sujeto tuvo una conducta tipificada como infracción penal, sin ninguna causa excluyente de la ilicitud, constatada la peligrosidad, que en ese caso es presumida, el juez absuelve al sujeto y aplica una medida de seguridad.

Además de los mencionados inimputables, son susceptibles de medida de seguridad los semi-imputables, del art. 26, párrafo único, del Código Penal, el cual establece:

a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o carácter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

En estos casos, el juez, constatando que el agente realizó una acción típica e ilícita, y una vez comprobada la presencia de la culpabilidad, que, según el penalista Cezar Roberto Bitencourt, en el presente caso *“fica diminuída em razão da menor censura que se lhe pode fazer, em razão da maior dificuldade de valorar adequadamente o fato e posicionar-se de acordo com essa capacidade”*⁷⁶, declara sentencia condenatoria, aplicando la pena conminada al hecho, observando la mencionada menor censura. Después de hecha esa operación, con base en lo que dispone el art. 98 del Código Penal brasileño, el juez, una vez consustanciada la peligrosidad del agente y concluido que el condenado necesita de especial tratamiento curativo, puede sustituir la pena privativa de libertad aplicada por medida de seguridad, la cual se va a extender por un plazo indeterminado.

Una polémica jurídica reinante es el debate doctrinal acerca de la obligatoriedad o no de que las medidas de seguridad deban someterse a las determinaciones del principio de legalidad. Si bien no hay duda en relación a las penas, no puede en cambio decirse lo mismo de las medidas de seguridad. Y ello porque ni la Constitución Federal ni el Código Penal, cuando tratan de la garantía penal, hacen mención expresa al instituto de las medidas de seguridad, enunciando

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Parte Geral. v. 1. p. 307.

solamente que “não há pena sem prévia cominação legal”, dando a entender, por una interpretación literal, que esa regla no se extendería a ellas. Para Luiz Vicente Cernicchiaro “o princípio da legalidade, no Brasil, não alcança as medidas de segurança”⁷⁷. Sin embargo, este autor sostiene que lo recomendable sería “que a garantia constitucional também as alcançasse. Trata-se, indiscutivelmente, de instituto penal, cujo pressuposto é a prática de fato, objetivamente, definido como crime ou contravenção penal”⁷⁸.

Un sector doctrinal nacional afirma que no se puede confundir el principio de legalidad con el principio de reserva legal. En lo que tiene que ver con el principio de legalidad, éste se consagra en el art 5º, II de la Constitución Federal, el cual preceptúa que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, siendo que la expresión “lei” debe ser interpretada en sentido amplio, abarcando todas las clases normativas relacionadas en el art. 59 de la Carta Magna, o sea, las leyes ordinarias, leyes complementarias, leyes delegadas, medidas provisionarias, decretos legislativos y resoluciones. Ya en la hipótesis del principio de reserva legal, la expresión “lei”, pasa a ser concebida en sentido estricto, abarcando solamente la ley ordinaria y la ley complementaria. A partir de esas consideraciones, Flávio Augusto Monteiro de Barros enseña que

somos forçados a reconhecer que o princípio da reserva legal, no Brasil, não alcança as medidas de segurança. É claro que de certo modo apenas a lei em sentido formal pode impor às pessoas um dever de prestação ou abstenção. Consoante reza o art. 5º, II, da CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Só que para os efeitos dessa citada regra constitucional, lei é todo ato normativo editado, ordinariamente, pelo Poder Legislativo, ou, excepcionalmente, pelo Poder Executivo (leis delegadas e medidas provisória). Há, portanto, a garantia de que a medida de segurança não poderá ser criada por decreto, regulamento, portaria ou outros atos administrativos, e muito menos pelo arbítrio judicial. Entretanto, a criação de medida de segurança não está sob reserva específica de lei, isto é, de lei no sentido estrito do termo, que compreende apenas o ato emanado do Poder Legislativo (lei ordinária e lei complementar). Assim, a disciplina da medida de segurança poderá dar-se pela via da medida provisória ou da lei delegada, pois não está sob reserva absoluta da lei ordinária ou complementar. Resumindo: às medidas de

⁷⁷ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. Op. cit., p. 33.

⁷⁸ Idem, ibidem.

segurança aplica-se o princípio da legalidade, e não o princípio da reserva legal.⁷⁹

Hay que recordar que la competencia para definir infracciones penales y conminar las respectivas penas es de la ley ordinaria, admitiéndose, de la misma forma, como fuentes formales, las enmiendas constitucionales y las leyes complementarias. Hay que destacar nuevamente que, a causa de la Enmienda Constitucional n. 32/2001, que cambió el art. 62 de la Constitución Federal, se quedó inviable el uso de las medidas provisionales en el campo penal, sea para definir infracciones, sea para disciplinar penas y medidas de seguridad, aunque algunos entiendan que si es para proporcionar un tratamiento punitivo más benéfico a los infractores de la ley no hay estorbo alguno en su utilización en el campo penal.

No estamos de acuerdo con esas líneas conceptuales, pues conforme a una tendencia penal garantista, igual que ocurre con la pena, las medidas de seguridad deben estar sometidas a la ley elaborada por los representantes del pueblo, debiéndose aplicar a ellas todas las exigencias originadas del principio de legalidad, así como todos los demás principios de naturaleza penal y procesal penal compatibles con sus peculiaridades. En ese sentido afirma Paulo José da Costa Júnior que

as medidas de segurança não poderão atentar contra determinados princípios basilares do Estado de Direito. Assim, impõe-se a observância do princípio da legalidade, sendo inconcebível a aplicação de medida de segurança não prevista em lei. Não se pode pois aplicar medida que não fosse vigente ao tempo da sentença ou da execução (tempus regit actum). Não se permite a retroatividade in pejus, admitindo-se pelo contrário a aplicação de medida mais benigna, que venha a favorecer de alguma forma o agente (Art. 2, parágrafo único, do CP). Tem aplicação ainda o princípio da jurisdicalização da medida de segurança, que só é aplicável, como a pena, por meio de providência jurisdical.⁸⁰

⁷⁹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999. Parte Geral. v. 1, p. 30-31.

⁸⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986. Parte Geral. v. 1. p. 454.

La doctrina que sostienen Luiz Régis Prado y Cezar Roberto Bitencourt no es distinta:

todo cidadão tem o direito de saber antecipadamente a natureza e duração das sanções penais – pena e medida de segurança – a que estará sujeito se violar a ordem jurídico-penal, ou, em outros termos, vige também para as medidas de segurança o princípio da anterioridade legal.⁸¹

En la doctrina extranjera se encuentra la respetable opinión de Antonio Beristain, expuesta en su escrito titulado “*Medidas Penales en Derecho Contemporáneo*”, en el sentido de que

la misión más importante del principio de legalidad – disminuir los abusos de las sanciones criminales, y salvaguardar las garantías políticas de los derechos elementales de los ciudadanos – puede y debe cumplirse también en el campo de las medidas, pues cabe una delimitación legal de los índices de peligrosidad exigibles como requisitos indispensables (aunque no suficientes) para declarar el estado peligroso y cabe una regulación detallada del contenido y de la duración (dentro de ciertos límites) de las medidas.⁸²

Por lo tanto, la orientación adoptada por el Derecho Penal español es la de sumisión de las medidas de seguridad al principio de legalidad, y algunos autores, como el caso de Luis Gracia Martín, entienden por ejemplo que tal vínculo está implícito en el art. 53.1 de la Constitución Española, cuando establece que

los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 16.1 a).

⁸¹ RÉGIS PRADO, Luiz; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Anotado e Legislação Complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 411.

⁸² BERISTAIN, Antonio. **Medidas Penales en Derecho Contemporáneo**. Teoría, Legislación Positiva y Realización Práctica. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1974. p. 84.

Por lo tanto, se interpreta que el instituto de las medidas de seguridad afectan a los referidos derechos y libertades. Cabe destacar también que el art. 1.2 del Código Penal español enuncia que *“las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la Ley”*. Esa afirmación se hace inexorable una vez que, según Gracia Martín, las medidas de seguridad

suponen siempre también una injerencia estatal en bienes y derechos fundamentales de los individuos; el ejercicio de derecho y deber estatal de imposición de aquéllas tiene que estar sometido, como sucede con respecto a las penas, a determinadas reglas y límites o garantías.⁸³

Otro aspecto relacionado con el instituto de las medidas de seguridad que hay que destacar es el hecho de no fijarse en la legislación penal brasileña el plazo máximo que una persona podrá permanecer internada o sometida a tratamiento ambulatorio por haber cometido un ilícito penal. Conforme ya hemos visto, el art. 97 § 1º del Código Penal establece que el plazo de la medida de seguridad será por “tiempo indefinido”, perdurando mientras no sea comprobada, mediante pericia médica, la cesación de peligrosidad. Lo que determina de forma expresa es el plazo mínimo, el cual deberá ser de uno a tres años.

En lo que hace referencia a las penas, la sistemática es diferente, pues la Constitución Federal, en su art. 5º, XLVII, “b”, impone que no habrá penas de carácter perpetuo. Y el art. 75, del Código Penal, en total concordancia con el mando constitucional, enuncia que

o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. §1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. §2º Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

⁸³ GRACIA MARTÍN, Luis; PASAMAR, Miguel Ángel Boldova; DOBÓN, M. Carmen Alastuey. **Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 368.

Entendemos que las medidas de seguridad, a causa de representar una modalidad de sanción penal, de causar en la práctica – al igual que las penas – un sentimiento de angustia y sufrimiento para el agente imputable o semi-imputable, privando o restringiendo derechos fundamentales, aunque el sentido jurídico de su ejecución sea la prevención especial, teniendo como objetivo restablecer al sujeto peligroso para que no vuelva a delinquir, alejándose completamente del carácter retributivo, deberían tener un límite legal, ya que en un Estado Democrático de Derecho y bajo la visión de un Derecho Penal garantista no se admite que el poder punitivo estatal pueda manifestarse de forma perpetua acerca de los individuos. En este sentido, destaca Luiz Flávio Gomes que

ambos os princípios, da legalidade e de anterioridade, valem também para as medidas de segurança. O juiz, portanto, só pode aplicar medida de segurança cominada previamente na lei; e quando se fala em cominação prévia isso significa que a lei não só deve referir-se à medida aplicável como também e, sobretudo, à sua duração. Todas as pessoas têm o direito de saber, previamente, a exata natureza e a duração das sanções penais. Todos têm o direito de saber, antecipadamente, até que limite o Estado pode invadir em seu sagrado direito de liberdade.⁸⁴

De este modo, el Código Penal brasileño, al admitir que la medida de seguridad llegue a proporciones perpetuas infringe directamente la Constitución Federal, y más específicamente los principios de legalidad, en el aspecto de la garantía penal (art. 5º, XXXIX, de la CF), y el de la limitación de las penas, que prohíbe la pena perpetua en Brasil (art. 5º, XLVII, “b”, de la CF). Se debe añadir que la regla de la indeterminación del plazo de las medidas de seguridad afecta también a los principios de proporcionalidad, intervención mínima, humanidad e igualdad.

Adoptando posición una crítica idéntica, Zaffaroni y Pierangeli dicen que “não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a

⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. Medidas de Segurança e seus Limites. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 1, n. 2, p. 67, 1993.

possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete quem tem a obrigação de fazê-lo”⁸⁵.

En consecuencia, lo ideal sería una modificación legislativa en el instituto de las medidas de seguridad imponiendo límites temporales explícitos que respeten las garantías constitucionales. Pero mientras eso no ocurre, la sugerencia de emergencia de dejar a cargo del juez penal esa tarea es la más recomendable. De ese modo surge el dilema: ¿Cuál es el criterio más adecuado que el intérprete puede utilizar para establecer el límite máximo para las medidas de seguridad? ¿Hay que observar el límite máximo de la pena conminada al hecho practicado por el agente? ¿Hay que establecer un límite máximo, independientemente de la pena conminada? Y una vez llegando al referido plazo y no siendo constatada la cesación de peligrosidad del agente, ¿cómo deberá proceder el magistrado? Para el deslinde de tales cuestiones, el intérprete y el aplicador del Derecho deben utilizar respuestas racionales armónicas con las garantías jurídico-materiales y procesales que disciplinan la aplicación de las penas, preservando el acatamiento de la dignidad de las personas sometidas a estos instrumentos incisivos de intervención estatal.

Sobre el plazo máximo de duración de la medida de seguridad hay que adoptar dos criterios: uno para el grupo de los semi-imputables y otro para los inimputables .

Conforme a lo ya expuesto, cuando se trata de un agente semi-imputable, por perturbación de la salud mental o por desarrollo mental incompleto o retardado (art. 26, párrafo único, del Código Penal), habiéndose cometido una conducta típica e ilícita, y comprobándose la presencia de la llamada culpabilidad disminuida, el juez dicta sentencia condenatoria, aplicando la pena correspondiente, si bien está autorizado, una vez se ha inferido la real peligrosidad del agente, a sustituir la pena privativa de libertad por medida de seguridad para el debido tratamiento curativo, en los términos del art. 98 del Código Penal. Por lo tanto, propone Luiz Flávio Gomes,

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Parte Geral. p. 862.

o quantum de pena fixada deve constituir o limite da intervenção estatal, seja a título de pena, seja a título de medida. Substituída a pena por medida de segurança, esta durará no máximo o tempo da condenação, não indeterminadamente como estabelece (injusta e inconstitucionalmente) nosso Código Penal. Cabe, assim ao juiz, no momento de fixar a pena ao semi-imputável, atentar bem para os critérios de fixação da pena (art. 59) e, sobretudo, cabe-lhe ter consciência de que essa pena, caso seja substituída por medida, constituirá o limite máximo da intervenção estatal na liberdade do condenado.⁸⁶

De modo que, por este criterio, la medida de seguridad sustitutiva de la pena no puede durar más tiempo del establecido en la sentencia condenatoria, por lo que la referida operación estará en perfecta armonía con el principio constitucional de individualización de la sanción penal (art. 5º, XLVI, de la CF), alejando de una vez por todas el temor de los abogados defensores de alegar perturbación mental de sus clientes, muchas veces evidentes, bajo el argumento de que iban a ser perjudicados por la incertidumbre del término de la medida de seguridad que fuese aplicada.

En el caso de los inimputables por enfermedad mental o por desarrollo mental incompleto o retardado (art. 26, *caput*, del Código Penal), una vez se ha cometido un injusto penal, el juez pronuncia sentencia absolutoria, debiendo someter al sujeto a una medida de seguridad que tenga como límite, según Luiz Flávio Gomes, “*o marco máximo da pena imponível (não da pena imposta que não existe) ao delito cometido*”⁸⁷, haciendo así viable la deseable seguridad jurídica en este campo.

En relación a la última problemática suscitada, en el sentido del mejor procedimiento a ser usado por el juez una vez que se encuentra ante la situación de que ha transcurrido el lapso temporal máximo de la medida sancionatoria terapéutica sin el debido cese de la peligrosidad del agente, la solución más adecuada es la propuesta por Zaffaroni y Pierangeli en el sentido de “*se comunicar ao juiz do cível ou ao Ministério Público, para que se proceda conforme o art. 448 do código civil e efetivar a internação nas condições do art. 457 desse mesmo código*”⁸⁸. Actualmente, las reglas mencionadas por estos autores están contenidas,

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Medidas de Segurança e seus Limites...**, p. 71.

⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Medidas de Segurança e seus Limites...**, p. 72.

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p. 862.

respectivamente, en los arts. 1769 y 1776 del Código Civil de 2002 (Ley 10. 406, de 10/01/2002), determinando esta última disposición legal que los internos “*serão recolhidos em estabelecimentos adequados, quando não se adaptarem ao convívio doméstico*”.

A su vez, el art. 1769 del actual Código Civil, enuncia que:

o Ministério Público só promoverá interdição: I – em caso de doença mental grave; II – se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo antecedente; III – se existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas no inciso antecedente.

Por lo tanto, frente a esa sugerencia suscitada por Zaffaroni y Pierangeli, una vez cumplido el plazo máximo de ejecución penal de la medida de seguridad, y permaneciendo la peligrosidad del agente, el internamiento o tratamiento van a tener un carácter civil-administrativo.

Sin embargo, no todos los penalistas brasileños son favorables a establecer un límite máximo de plazo para las medidas de seguridad, bajo el argumento de que el sujeto alienado mentalmente o portador de una perturbación de salud mental es un sujeto diferente de aquéllos que cometen ilícitos penales con la plena capacidad intelectual y volitiva, justificándose así la imposición de un tratamiento diferenciado. Ya decía el penalista Basileu Garcia que

da premissa de que as medidas de segurança objetivam combater a periculosidade, deriva uma consequência digna de ser destacada. Elas seriam inaptas ao mister a que se dirigem se fôsem predeterminadas na sua execução, isto é, se estivessem sujeitas a prazos fatais. Nunca se pode dizer qual é o tempo indispensável para reduzir-se à inocuidade um delinquente perigoso. Eis porque, ao passo que em relação às penas se conserva o sistema de determinação, não podendo as privativas de liberdade exceder o limite a que é condenado o infrator, no que respeita às mais importantes medidas de segurança é um característico do seu sistema a indeterminação,⁸⁹ como corolário da assertiva de que elas visam coarctar a periculosidade.

Hoy día, Jair Leonardo Lopes acepta esa posición, afirmando que

a medida de segurança, sendo meio de cura da doença mental ou da perturbação da saúde mental, como qualquer outro meio de cura, é imposta por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade.⁹⁰

En la jurisprudencia es ese entendimiento el que prevalece. Véanse, a propósito, las siguientes enmiendas de juzgados del Tribunal de Alzada Criminal del Estado de São Paulo:

Medidas de segurança impostas em virtude da periculosidade do sentenciado que se revela portador de insanidade mental. Nessas condições, não se poderá estabelecer de maneira artificial, não prevista na lei penal ou na lei de execuções, momento outro para sua cessação, que dependerá, sempre, da constatação pericial da cessação dessa mesma periculosidade.⁹¹

A medida de segurança não tem tempo determinado, e perdura, a teor do art. 97, §1º, do CP, enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade.⁹²

En verdad, esa orientación doctrinal y jurisprudencial de carácter discriminatorio parte de la premisa de que el sujeto portador de una anomalía mental y, por lo tanto, con una deficiencia en el proceso de entendimiento del carácter ilícito del hecho cometido o en la capacidad volitiva es reputado como un sujeto más peligroso que los demás delincuentes, con más probabilidad de reincidir, lo que justificaría, según la posición mantenida por sus seguidores, la supresión de la observancia de algunas garantías jurídicas propias de un Estado Democrático de Derecho.

⁸⁹ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. I, Tomo II, p. 595.

⁹⁰ LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Parte Geral. p. 253.

⁹¹ Revista dos Tribunais n. 679, p. 345.

⁹² Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo n. 24, p. 288-289.

Pensamos que, sobre este tema, no puede olvidarse la acertada observación realizada por Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán acerca del “carácter aflictivo de las medidas de seguridad”, de modo que

éstas no pueden ser presentadas asépticamente y sin más como medidas ‘benefactoras’ dirigidas a ‘curar’ al peligroso, porque ése es un discurso legitimador de intervenciones desmesuradas y carentes de límites, con el que se llega al denominado ‘fraude de etiquetas’, es decir, a tolerar mayores limitaciones de derechos y ausencia de garantías en la aplicación de las medidas de seguridad, con el argumento formal de que no son penas, sanciones o castigos. Por el contrario, debe partirse de que las medidas de seguridad son un instrumento más de control social, que consiste en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado, razón más que suficiente para tratarlas como a las penas desde el punto de vista de las garantías.⁹³

Véase, también, con igual contenido, la advertencia de Claus Roxin cuando dice que:

un Derecho penal de la culpabilidad pierde toda credibilidad cuando, sólo con ponerles la etiqueta de ‘medidas’, impone a placer encierros de larga duración sin sujeción a los límites del Estado de Derecho, en consideración a los cuales y sólo por ello es digno de conservarse el principio de culpabilidad⁹⁴.

En el Derecho Penal Español, el Código de 1995 derogó expresamente la denominada “*Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970*”, reglamentadora de las medidas de seguridad, la cual, en opinión de Muñoz Conde, constituía “*tanto en la teoría como en la práctica, una ‘perversión’ del derecho penal y un abuso del poder del Estado*”⁹⁵. Así se produjeron algunas modificaciones radicales en su estructura, como por ejemplo la eliminación de los estados de peligrosidad predelictivos que hacían posible la aplicación de medida de seguridad a un sujeto basándose solamente en su peligrosidad, sin la exigencia de que hubiera cometido un ilícito penal, representando de ese modo una infracción contundente a

⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 595-596.

⁹⁴ ROXIN, Claus. **Problemas Básicos del Derecho Penal**. Madrid: Editorial Reus, 1976. p. 62-63.

⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. p. 43.

los principios de legalidad y de intervención mínima. También se produjo la laudable supresión de las medidas de seguridad de duración indeterminada.

El profesor Gerardo Landrove Díaz presenta algunos principios generales que orientan la actual reglamentación de las medidas de seguridad en su país, descritas en el Código Penal de 1995:

en primer lugar, la exigencia de postdelictualidad en la medida y de un pronóstico de peligrosidad criminal: las medidas de seguridad se aplicarán por el juez o tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos establecidos en el propio Código, siempre que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito y que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (arts. 6.1 y 95.1.^a y 2.^a). Además, se consagra de forma inequívoca el principio de proporcionalidad: las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor (art. 6.2). También se afirma en este ámbito la vigencia del principio de legalidad, en sus diferentes vertientes (arts. 1.2, 2.1, 3.1 y 3.2). Finalmente, se limita la aplicación de las medidas de seguridad a inimputables y semi-imputables (arts. 101 a 104), en los términos a los que más adelante se alude.⁹⁶

Ya el Código Penal portugués, en su art. 91.2, fija el plazo mínimo de tres años de ejecución de medida de seguridad cuando el hecho cometido sea calificado como delito contra las personas o delito de peligro común, punibles con pena privativa de libertad superior a cinco años. En cuanto a la cesación y la prórroga de la medida de seguridad preceptúa el art. 92.1 que

sem prejuízo do disposto no n. 2 do artigo anterior, o internamento finda quando o tribunal verificar que cessou o estado de perigosidade criminal que lhe deu origem. 2. O internamento não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo do crime cometido pelo inimputável. 3. Se o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime punível com pena superior a 8 anos e o perigo de novos factos da mesma espécie for de tal modo grave que desaconselhe a libertação, o internamento pode ser prorrogado por períodos sucessivos de 2 anos até se verificar a situação prevista no n. 1.

Tras la lectura de los mencionados dispositivos legales se observa que, al contrario de lo estipulado por la legislación penal brasileña, en España y Portugal se consagró expresamente un límite máximo de tiempo para la intervención del Estado al someter un individuo a una medida de seguridad. De este modo, los referidos cuerpos legislativos se armonizan con las directrices de un Derecho Penal mínimo, garantista y de sustento de la dignidad humana, propia de un Estado Democrático de Derecho.

2.8.3 Garantía Jurisdiccional

Informa Gonzalo Rodriguez Mourullo que la garantía jurisdiccional (“*nemo damnetur nisi per legale iudicium*”) está basada en la idea de que “*nadie podrá ser condenado sino en virtud de sentencia firme, pronunciada por Tribunal competente*”⁹⁷. El actual Código Penal español disciplina expresamente en su art. 3.1 que “*no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales*”, recogiendo así la referida garantía. Ya la Constitución española enuncia en el art. 24.2 que:

todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

Debe destacarse que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal también hubo una preocupación por la garantía jurisdiccional, al aclarar en su art. 1º, que:

⁹⁶ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Las Consecuencias Jurídicas del Delito**. Madrid: Editorial Tecnos, 1996. p. 117-118.

⁹⁷ MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. **Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1977. Parte General. p. 60.

no se impondrá pena alguna como consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente.

La premisa que se origina de esas consideraciones es la de que la sentencia proferida por el juez penal, en el ejercicio de su actividad jurisdiccional conforme competencia legal, debe estar afirmada por el principio del “*due process of law*”, pues en caso contrario será una decisión manchada de ilegitimidad y, por lo tanto, nula. Como dice Luís Paulo Sirvinskas,

o processo é o instrumento necessário para a aplicação das garantias constitucionais dos direitos humanos. Não há falar em julgamento justo sem o prévio e amplo processo penal garantidor dos direitos decorrentes do devido processo legal. O processo, por sua vez, não pode ser exercido por si só sem a existência de uma equação igualitária entre jurisdição, ação e defesa⁹⁸.

En Brasil la garantía jurisdiccional está consagrada en la Constitución Federal de 1988, en los siguientes enunciados:

Art. 5º, LIII- ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Art. 5º, LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 5º, LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 5º, LVII- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁹⁸ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 137.

2.8.4 Garantía de Ejecución

La garantía de naturaleza ejecutoria representa la imposibilidad de que sea ejecutada una sanción penal de forma distinta a la establecida por el ordenamiento jurídico. El penalista español Diego-Manuel Luzón Peña, el cual propone la formulación latina de “*nulla exsecutio poenalis sine lege*” para esa garantía, destaca que

con posterioridad a la formulación de la garantía penal se ha querido extender la misma más allá de la previsión legal abstracta de las penas, hasta el momento de su ejecución o cumplimiento, y lo mismo se ha exigido después respecto de las medidas de seguridad; de modo que la ejecución penal o de las medidas no se pueda efectuar sino como esté previsto por la ley. Ahora bien, aquí el concepto de ley se relaja en cuanto a su sentido estricto, y se usa el amplio de ley y reglamentos, dado que por la complejidad y duración del proceso de ejecución de las penas y medidas, sobre todo de las privativas de libertad, no parece factible regularlo todo en la ley, sino que hay que recurrir a reglamentos que desarrollen las garantías, orientaciones y principios generales contenidos en la ley sobre la ejecución de penas y medidas⁹⁹.

El art. 3.1, del Código Penal español asegura el respeto a esa garantía cuando dispone que

tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.

De la misma forma, la Constitución española se interesó por ese aspecto, disciplinando en su art. 25.2 que

las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo

⁹⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Universitas, 1996. Parte General. v. I. p. 134.

la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

En Brasil, la Constitución Federal de 1988 establece únicamente reglas de contenido genérico acerca de los procedimientos en términos de ejecución penal, como, por ejemplo:

Art. 5º, XLV- nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido;

Art. 5º, XLVI- a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Art. 5º, XLVII- não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Art. 5º, XLVIII- a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

Art. 5º, XLIX- é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Art. 5º, L- às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

En la Ley de Ejecución Penal (Ley 7210, de 11 de julio de 1984) se contiene en el art. 2º la regla según la cual

a jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo Único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

A su vez, el art. 40 impone a “todas autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”. Por su parte, el art. 41 indica los derechos del preso:

I- alimentação suficiente e vestuário; II- atribuição de trabalho e sua remuneração; III- previdência social; IV- constituição de pecúlio; V- proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI- exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII- assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII- proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX- entrevista pessoal e reservada com advogado; X- visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI- chamamento nominal; XII- igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII- audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV- representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV- contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. Parágrafo Único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

La preocupación por los derechos del preso consta en el Código Penal en el art. 38, el cual dispone que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

En lo relativo a la sistemática de ejecución de la pena privativa de libertad en Brasil, la Ley de Ejecución Penal (art. 112), la Ley 11.464/2007 y el Código Penal (art. 33, §2º) consagran un sistema progresivo de cumplimiento del castigo impuesto, en los moldes del sistema inglés o irlandés, de forma que se posibilita al condenado, una vez atendidos los supuestos legales, llegar paulatinamente a su libertad, hasta obtener, en la etapa final, la libertad condicional (arts. 83-90, del Código Penal y arts. 131-146, de la Ley de Ejecución Penal).

La referida sistemática de ejecución de la pena será expuesta de forma más minuciosa al comentar el principio de individualización, cabiendo en este momento subrayar sólo que se trata de una garantía ejecutoria.

2.8.4.1 El trabajo en la prisión. La redención

Sobre el trabajo en la prisión hay que decir que a lo largo de la historia del Derecho Penal tuvo distintas funciones en el sistema penal, representando en un primer momento una modalidad de pena impuesta a los condenados, los cuales venían obligados a desarrollar actividades laborales en las galeras y minas, situación que se mantuvo hasta la consolidación de la pena privativa de libertad como el principal instrumento coercitivo de combate a la criminalidad. Aclara Borja Mapelli Caffarena en una interesante síntesis que

dentro ya del dominio absoluto de la pena de prisión en el siglo XIX al trabajo se le reserva un importante papel en el ámbito penitenciario. Se convierte en un instrumento de purificación de almas y cuerpos. La prisión y el trabajo son, según las ideas penitenciaristas del siglo pasado, los medios más idóneos para alcanzar la expiación del recluso (“Make men diligent and you will make them” según rezaba el postulado del sistema penitenciario de Howard). Finalmente, hoy día la ciencia penitenciaria considera el trabajo como un instrumento útil para satisfacer las necesidades materiales del trabajador y como una fuente de relaciones sociales. El trabajo penitenciario se establece sobre los mismos postulados que el trabajo en libertad y cualquier otra pretensión dentro de unas relaciones de producción capitalista corre el peligro de convertir al recluso-trabajador en un sujeto explotado. Pero el proceso de secularización de la pena y el trabajo iniciados a principios del presente siglo no ha llegado a sus últimas consecuencias, manteniéndose una concepción del trabajo penitenciario a mitad de camino entre la plena laboralización y las ideas de Howard.¹⁰⁰

La Ley de Ejecución Penal brasileña consagra, como una garantía de ejecución, el trabajo en la prisión, identificando que constituye un derecho-deber del condenado, debiendo ser necesariamente remunerado y teniendo por objetivo proporcionar a los individuos una actividad educativa y productiva, de modo que

¹⁰⁰ MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español**. Barcelona: Bosch, 1983. p. 216-217.

atenúe los efectos criminógenos del sistema penitenciario, adoptando así una sistemática jurídica semejante a las verificadas en las legislaciones portuguesa, italiana y argentina. La remuneración no podrá ser inferior a tres cuartos del salario mínimo, debiéndose garantizar igualmente a los presos las garantías y todos los beneficios de la “Previdência Social”, como por ejemplo la jubilación (art. 29, de la Ley 7210/84). La jornada normal de trabajo no puede ser inferior a seis horas y no puede exceder de ocho, con descanso en domingos y festivos, admitiéndose el trabajo externo para los presos en régimen cerrado en servicios u obras públicas ejecutadas por órganos de la administración pública o entidades privadas (arts. 33 y 36, de la Ley 7210/84).

Del trabajo en prisión se origina la garantía de redención, es decir, el derecho del preso que cumple la pena en los regímenes cerrado o semiabierto a reducir por la actividad laboral ejecutada en el sistema penal parte del tiempo de pena privativa de libertad a cumplir. El origen del instituto se basa, según la doctrina mayoritaria, en el Derecho Español, destacando Alejandro del Toro Marzal que

ya tempranamente fue consagrado en el artículo 303 de la Ordenanza general de Presidios y Prisiones, de 14 abril de 1834, el mitigar el rigor de la pena por la reducción del encarcelamiento, como premio a trabajos extraordinarios. La dirección humanitarista del penitenciarismo español, en lo que al trabajo penitenciario se refiere, es resultado muy directo de la obra de Montesinos. Sus ideas, prontamente incorporadas a la legislación, preconizaban la función laboral como moralizadora, obligatoria, útil, remunerada y adaptadora a la vida en libertad.¹⁰¹

En el antiguo Código Penal español (art. 100), la concesión de la redención a los reclusos condenados a penas de reclusión, presidio y prisión, era hecha con base en un día de pena por cada dos días de trabajo. Debido a los cambios de paradigma de filosofía penitenciaria verificados en España, dirigidos al tratamiento recuperador de los presos, así como a las críticas que fueron hechas por la doctrina penal contra el beneficio de la “redención de penas por el trabajo”, que en opinión de

¹⁰¹ CASABÓ RUIZ, José-Ramón; CÓRDOBA RODA, Juan; MOURULLO, Gonzalo Rodríguez; MARZAL, Alejandro del Toro. **Comentarios al Código Penal**. Barcelona: Ariel, 1972. Tomo II. p. 552.

Juan Bustos Ramírez constituye una institución “*obsoleta dentro de una nueva concepción del sistema penitenciario, y más bien obedece a aquella antigua idea de disciplina que hizo surgir la pena privativa de libertad*”¹⁰², en el nuevo Código Penal español de 1995 la redención dejó de ser contemplada.

Señalan Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón que ante la supresión de la redención de la pena por el trabajo, la referencia a las actividades laborales como proporcionadoras de beneficio ejecutorio solamente surge en una situación en la que figura como requisito para la concesión de la “*libertad condicional extraordinaria del artículo 91*”¹⁰³.

A su vez, en el sistema legislativo brasileño, la operación de contar el tiempo pertinente a la redención será hecha a razón de un día de pena por tres días de trabajo. La Ley de Ejecución Penal también se preocupó en asegurar al preso que, en caso de que por un accidente de trabajo se quede imposibilitado de seguir en el desarrollo de las actividades que le atribuyeron, pueda continuar gozando del beneficio. La redención se refleja incluso en el cómputo del tiempo para obtener la libertad condicional y el indulto, pero el legislador estableció que en el caso de que el condenado sea penado por falta grave perderá el derecho al tiempo de redención, empezando el nuevo período a partir de la fecha de la infracción disciplinaria. De este modo, la autoridad administrativa facilitará mensualmente al juzgado de la ejecución copia del registro de todos los condenados que estén trabajando y de los días de trabajo de cada uno, debiendo ser comunicado a los condenados el listado de los días efectivamente de redención. Basado en estos datos, el juez de ejecución profiere una decisión concesiva de la redención, de contenido declaratorio, reconociendo un hecho ocurrido en el pasado, es decir, el trabajo efectivamente realizado por el preso, determinando que parte de la reprimenda fue redimida por el desempeño de una actividad laboral.

Por lo tanto, entendemos que la norma del art. 127 de la LEP, la cual establece que el condenado que es penado por falta grave perderá el derecho al tiempo de redención, sólo podrá incidir sobre los días trabajados, pero aún no

¹⁰² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal Español...**, p. 457.

¹⁰³ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 944.

juzgados, pues en el caso de que abarcaren también la redención que ya fue definitivamente concedida judicialmente se estaría violando el principio constitucional de la cosa juzgada (art. 5º, XXXVI, de la CF). En un interesante trabajo sobre el tema, elaborado por un grupo de Procuradores del Estado de São Paulo bajo la dirección de André Gustavo Isola Fonseca, Beatriz Rizzo Castanheira, Carlos Weis y otros sostienen la misma posición cuando afirman que

não há, pois, como decretar a perda dos dias remidos sem violar a garantia da coisa julgada e provocar a insegurança jurídica. Acrescente-se, ainda, que, se nem mesmo uma eventual (e hipotética) lei, que venha a abolir o instituto da remição, pode retroagir para atingir a coisa julgada, seria paradoxal admitir que uma falta disciplinar, apurada exclusivamente no âmbito administrativo, por autoridade administrativa, tivesse o condão de tornar ineficaz uma sentença judicial contra a qual não cabe mais recurso.¹⁰⁴

A partir de la regla legal de que el trabajo remunerado en la prisión constituye un derecho fundamental del sentenciado, el Estado está obligado a favorecer actividades laborales a todos los condenados a pena privativa de libertad; y si no ocurre así, entendemos que no se podrá negar la concesión del beneficio de la redención incluso para aquellos reos que no hayan desempeñado efectivamente la actividad, considerando que eso se originó, no por su falta de voluntad, sino por la deficiencia estructural o por el desinterés de la propia administración pública y penitenciaria.

Con igual entendimiento se posiciona Júlio Fabbrini Mirabete al subrayar que

comprovando o preso em regime fechado ou semi-aberto que estava disposto ao trabalho mas que não foi atendido pela Administração, por falta de condições materiais ou por desídia do responsável pela omissão, não há como negar o direito à remição pelos dias em que o condenado deveria ter desempenhado seu labor.¹⁰⁵

¹⁰⁴ FONSECA, André Gustavo Isola et al. Considerações acerca da perda da remição prevista no art. 127 da Lei de Execuções Penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 6, n. 24, p. 96, 1998.

¹⁰⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 1987. p. 324.

También es ese el pensamiento de Maurício Kuhene¹⁰⁶ y de Sidnei Agostinho Beneti. Este último admite acertadamente

a concessão da remição, mesmo que o trabalho não tenha sido prestado por culpa da administração carcerária, como no caso comum de omissão de organização de serviços aptos à laborterapia, subordinando-se, contudo, o deferimento da remição à prova, pelo sentenciado, de que requereu a colocação em condições de trabalho.¹⁰⁷

En una posición diametralmente opuesta se encuentran las consideraciones de Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci y Sérgio de Moraes Pitombo, según los cuales

a remição é um mecanismo de contensão sob vários aspectos. Procura oferecer condições para que o sofrimento da pena privativa de liberdade não seja opressivo e alienante pela falta do trabalho; pretende estimular a disciplina e o apego aos valores positivos do condenado; visa antecipar a liberdade pelo esforço e dedicação pessoais. É um instituto realista; não uma ficção jurídica. Sendo assim, a remição por dias de trabalho pressupõe que, efetivamente, o condenado tenha cumprido, nos termos legais, a jornada que lhe proporcionará o abatimento do tempo de prisão. A falta de oferta do trabalho por má-fé, deficiência ou impossibilidade da Administração não pode ser escamoteada com a atestação do que não existiu. É certo que o sentenciado tem direito ao trabalho mas se este não lhe for atribuído, não há que se admitir uma remição ficta.¹⁰⁸

Concluyen los renombrados penalistas brasileños que

as omissões da Administração, do Estado ou do sistema devem ser combatidas pela via adequada, como, por exemplo, o recurso ao direito de petição e representação junto ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, a interdição do estabelecimento, etc. Não através do delito de falsidade ideológica.¹⁰⁹

¹⁰⁶ KUHENE, Maurício. **Lei de Execução Penal Anotada**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 484-486.

¹⁰⁷ BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 138.

¹⁰⁸ REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio de Moraes. **Penas e Medidas de Segurança no Novo Código**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 247.

No sólo disentimos de las ponderaciones de los ilustres penalistas aquí sintetizadas, sino que vamos incluso más allá, sosteniendo que debe reconocerse la concesión de redención no sólo por ausencia del trabajo por desidia del Estado, sino también por el estudio, es decir, por el trabajo intelectual desarrollado a través de cursos escolares, universitarios y de formación profesional, haciendo así uso de una interpretación extensiva del art. 126 de la Ley de Ejecución Penal brasileña, la cual literalmente vincula el instituto de la redención solamente al ejercicio laboral efectivamente ejecutado por el condenado. Sobre el tema, la Procuradora del Estado de São Paulo, Berenice Maria Gianella, destaca que

partindo da premissa, portanto, de que o estudo é uma forma de trabalho, pois que se trata de uma atividade intelectual, parece-nos que se pode dar ao texto da lei de execução penal uma interpretação mais consentânea com a realidade dos cárceres e com o próprio objetivo da execução penal, previsto no art. 1º do citado diploma legal: 'Proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado'. Se a execução da pena – aqui especialmente falando da privativa de liberdade – serve para possibilitar a ressocialização daquele que praticou uma conduta criminosa, deve-se reconhecer que tanto o trabalho físico quanto o trabalho intelectual buscam tal finalidade, na medida em que se procura quando concede estudo ao preso – cursos de primeiro e segundo graus ou profissionalizantes – dar-lhe um mínimo de formação de modo que possa, quando em liberdade, senão competir no mercado de trabalho formal, ao menos buscar um meio de se sustentar, exercendo uma atividade econômica informal.¹¹⁰

Varios proyectos de ley fueron ya elaborados en el sentido de reformar el contenido del art. 126 de la Ley de Ejecución Penal con la finalidad de incluir la posibilidad de redención también por el estudio, lo que no impide a los magistrados de dictar, desde ya, mediante un procedimiento hermenéutico de naturaleza garantista, decisiones judiciales en ese sentido, como ocurrió, por ejemplo, en el Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul.¹¹¹

¹⁰⁹ REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio de Moraes. Op. cit., p. 247.

¹¹⁰ GIANELLA, Berenice Maria. Remição da Pena pela Educação. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 8, n. 9, p. 86, 2000.

¹¹¹ 4ª Câmara Criminal, Agravo n. 697.011.393, Relator juiz de alçada substituto Walter Jobim Neto; 3ª Câmara Criminal, Agravo n. 699.058.962, Relator desembargador Saulo Brum Leal.

2.8.4.2 La detracción y otras garantías de ejecución

Todavía en la Ley de Ejecución Penal se estableció además una garantía de naturaleza ejecutoria en el art. 185, al enunciar que *“haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”*. Teniendo en cuenta que el procedimiento ejecutorio está bajo la consideración del principio de legalidad, le es vedado al Estado, en el ejercicio del Derecho punitivo, rebasar los límites de la pretensión ejecutoria ordenada en la sentencia condenatoria dictada en juzgado o regulada por el ordenamiento jurídico-penal, preservándose así la dignidad del condenado.

Finalmente hay que destacar que en el Código Penal (art. 42) se acogió la garantía de detracción penal, la cual consiste, conforme enseña Fernando de Almeida Pedroso *“no desconto ou compensação, de índole aritmética, que se procede no total da pena definitiva para subtrair-lhe a parcela de tempo em que o sentenciado esteve preso provisoriamente”*¹¹². Dispone el art. 42 del CP que *“computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”*.

La prisión provisional es el género que comprende toda y cualquier modalidad de prisión decretada por un magistrado penal antes de hacerse efectiva la sentencia condenatoria firme en un juzgado. Actualmente encontramos como especies de prisión provisional en la legislación procesal brasileña: la detención en flagrancia (arts. 301-310 del Código del Proceso Penal), la prisión preventiva (arts. 311-316 del Código del Proceso Penal), la prisión originada de pronunciamiento (art. 408 del Código del Proceso Penal), la prisión determinada por sentencia condenatoria recurrible (art. 391, I del Código del Proceso Penal) y la prisión temporal (Ley 7960/90). Vamos a considerar, por ejemplo, que un sujeto haya sido sometido durante la fase procesal a dos meses de prisión preventiva, y haya sido posteriormente condenado definitivamente a cinco años de pena privativa de

¹¹² PEDROSO, Fernando de Almeida. **Aspectos Polêmicos de Processo e Direito Penal**. São Paulo: Universitária de Direito, 1997. p. 168.

libertad. Por la regla de detracción debería cumplir cuatro años y diez meses de prisión.

El art. 42, del Código Penal no hace mención alguna a la posibilidad de que se produzca detracción frente a la llamada “prisión disciplinar”, la cual está expresamente prohibida por la Constitución Federal, salvo en los casos de transgresión militar o delito propiamente militar (art. 5º, LXI, de la CF), lo que causa, en opinión de Flávio Augusto Monteiro de Barros – alegación con la que estamos de acuerdo –, que *“nesses dois casos, o emprego da analogia in bonam partem possibilita a detração na hipótese de o agente vir a ser condenado criminalmente, pelo mesmo fato, à pena privativa de liberdade”*¹¹³.

Con base en el mismo fundamento de la analogía *“in bonam partem”* entendemos que es posible la incidencia de la detracción sobre la pena de multa, debiéndose descontar de los días-multa que constan en la sentencia condenatoria el tiempo de prisión provisional a que el sujeto fue sometido durante la fase procesal, no debiendo incluso desecharse la hipótesis de decretar la extinción de la punibilidad cuando la duración de la prisión *“ad custodiam”* sea igual o superior al número de días-multa. Defendemos la tesis de que por cada día de prisión provisional debe corresponder la reducción de un día-multa. Cabe destacar que ese parámetro propuesto no constituye ninguna novedad en el Derecho Penal brasileño, pues la redacción anterior del art. 51 del Código Penal admitía la conversión de la multa en pena de detención cuando el condenado solvente dejaba de pagar, haciéndose en este caso la operación en razón de un día de detención por día-multa no pagado. Con la aparición de la Ley 9268/96, esa conversión de la multa no pagada en prisión fue revocada, estableciendo el actual art. 51 del Código Penal, con redacción propuesta por la referida ley, que *“transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”*.

¹¹³ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Op. cit., p. 381.

Incluso sobre esta temática en cuestión, el Tribunal de Alzada Criminal de São Paulo, invocando una hermenéutica moderna y garantizadora de los derechos fundamentales de los acusados, ya decidió que

a melhor exegese jurídica do art. 4^o, da Lei de Introdução ao Código Civil é a que autoriza o intérprete a utilizar a analogia sem maiores bloqueios, a partir da força atrativa das idéias que emergem do textos legais. Desde quando o legislador criou a ficção do dia-multa, instituindo a figura híbrida que resulta da conjunção da fração do tempo com a fração de um valor patrimonial, a compensação do fator tempo com o fator pecúnia surge como fenômeno admissível, escudado validamente no instituto invocado.¹¹⁴

En sentido opuesto se posiciona Júlio Fabbrini Mirabete, sosteniendo que la

invocação da analogia in bonam partem somente se justifica quando há evidente lacuna involuntária na lei, o que não ocorre na hipótese do art. 42, que se refere expressamente à detração quanto à pena privativa de liberdade, excluída tacitamente a multa.¹¹⁵

Pero tampoco el art. 42 del CP menciona expresamente la posibilidad de que se lleve a cabo detracción en el caso de las penas restrictivas de derechos, de modo que el respetado penalista brasileño mencionado *supra* entiende que se debe “reconhecer a detração penal nessa hipótese por medida de equidade”¹¹⁶, idea que compartimos sin restricción.

También es éste el entendimiento de Damásio de Jesus cuando sostiene que las penas restrictivas de derechos “*embora não referidas no texto, podem ser objeto de detração*”¹¹⁷. El Tribunal de Alzada Criminal de São Paulo ya decidió que

o art. 42 do Código Penal não alude à detração em outra pena que não seja a privativa de liberdade, mas inexistente dúvida de alcançar, ao menos por

¹¹⁴ TACRIM-SP, Relator Walter Theodósio, **Revista de Jurisprudência e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, n. 3, p. 42.

¹¹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1998. v. 1, p. 264.

¹¹⁶ *Idem*, p. 261.

¹¹⁷ JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 160.

eqüidade, as restritivas de direito consistentes na prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana.¹¹⁸

Debido al silencio de la ley, hay todavía sobre la detracción una discusión doctrinal y jurisprudencial acerca de la necesidad o no de un nexo entre las razones que motivaron el decreto de prisión provisional durante la fase procesal y la sentencia condenatoria dictada al término del juicio, es decir, las dos formas de privación de libertad, impuestas en momentos distintos, ¿deben o no tener por objeto el mismo hecho delictivo para el reconocimiento de la detracción?

En este sentido señala Magalhães Noronha que

na Itália, requer-se que o crime seja o mesmo que constitui objeto da sentença. Na Alemanha, é suficiente a conexão formal, podendo os delitos ser vários. Assim, se alguém é acusado por homicídio e ferimentos leves em um mesmo processo e foi preso preventivamente devido ao primeiro delito, pelo qual vem, entretanto, a ser absolvido, sendo condenado no segundo, deve aquela prisão ser computada nessa pena. Tal opinião parece-nos mais justa. Ainda que a prisão tenha sido decretada pelo outro crime, a verdade é que ela assegurou a boa marcha processual (referente aos dois delitos) e o cumprimento da pena que poderia ser imposta a final.¹¹⁹

De este modo, Magalhães Noronha admite la posibilidad de aprovechar el período de prisión provisional por otro delito a partir del momento en que haya una conexión formal con el delito que fue objeto de la sentencia definitiva. Sin embargo, y en vista de la omisión legal sobre el tema, entendemos que debe adoptarse la posición más favorable al sujeto, en el sentido de reconocer la detracción por prisión provisional aunque ocurrida en otro proceso, eso si el hecho delictivo por el cual el sujeto haya sido condenado fue cometido antes del inicio de la prisión provisional que se quiere aprovechar. En ese sentido aclara Heleno Cláudio Fragoso

se alguém é processado por um crime e permanece em liberdade, mas vem a ser processado por outro crime, sendo preso preventivamente e afinal absolvido, computa-se na pena do processo pelo crime anterior a prisão

¹¹⁸ TACRIM-SP, Relator Haroldo Luz, Recurso de Agravo n. 556.453-1.

¹¹⁹ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 238.

preventiva imposta ao segundo. Se o crime é posterior à sentença absolutória, não há detração.¹²⁰

El Superior Tribunal de Justicia brasileño, en una decisión del todo punto acertada, estableció que

a Constituição da República, em razão da magnitude conferida ao *statutus libertatis* (art. 5, XV), inscreveu no rol dos direitos e garantias individuais regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5, LXXV), situações essas equivalentes a quem foi submetido à prisão processual e posteriormente absolvido. Em face desse preceito constitucional, o art. 42 do CP, e o art. 111 da Lei das Execuções Penais devem ser interpretados de modo a abrigar a tese de que o tempo de prisão provisória, imposta em processo no qual o réu foi absolvido, seja computado para detração de pena imposta em processo relativo a crime anteriormente cometido.¹²¹

2.8.5 Garantía de técnica legislativa. La composición de los tipos penales

El principio de legalidad, aunque consagrado en la Constitución Federal, no tendrá validez alguna en términos de proporcionar seguridad jurídica a los ciudadanos si el legislador produce normas penales de contenido vago o indefinido, permitiendo al juzgador adoptar una libre apreciación, conforme a sus convicciones, en el proceso de delimitación de los tipos penales. En consecuencia, la técnica a ser utilizada en la composición de los tipos penales adquiere una importancia fundamental para lograr un sincero respeto al principio de legalidad. De este modo, y según subraya Astolfo Di Amato, representa un corolario del postulado constitucional de la legalidad “*la necessaria determinatezza delle norme penali e la tassatività della loro applicazione*”¹²². La garantía de técnica legislativa constituye, por lo tanto, un fuerte instrumento para contener el surgimiento de un Estado matizado por una ideología extremadamente intervencionista en el campo penal, que llega a consagrar

¹²⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 303.

¹²¹ Revista do Tribunais, n. 733, p. 536-537.

¹²² AMATO, Astolfo Di. **Diritto Penale Dell'Impresa**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999. p. 22.

como supuesto básico el principio de legalidad, pero sólo en su aspecto estrictamente formal, dejando de observar expresamente el respeto al núcleo sustancial de ese postulado. Se construye así un ordenamiento jurídico-penal caracterizado por un uso considerable de tipos penales abiertos, con la inclusión de varios elementos normativos, así como de las normas penales en blanco, haciendo ampliar de forma peligrosa para la colectividad el por algunos llamado “*ius puniendi*” estatal, comprometiendo seriamente las garantías individuales.

Si llegado el caso una ley penal dispusiese que en caso de que alguien tuviese un comportamiento ilícito y culpable a criterio del juzgador sería castigado con pena, no habría una lesión de la literalidad del principio de legalidad, pero seguramente constituiría una falta de respeto a la esencia del referido principio, pues un enunciado con tales elementos sólo legitimaría el arbitrio judicial y la incertidumbre jurídica. Para que se produzca un efectivo respeto al principio de legalidad no es suficiente el simple reconocimiento formal del mismo, es decir, la mera descripción de las conductas ilícitas en la legislación penal, sino que sobre todo deben cuidarse las formas de describir. Se recomienda al legislador que evite el uso de “cláusulas vagas”, conceptos “genéricos”, “vacíos”, “ambiguos” o “indeterminados”. Finalmente, se impone evitar la utilización de la técnica del reenvío, la cual consiste en extender a los jueces de forma absoluta la posibilidad de fijar, según sus criterios, los límites del hecho punible, de modo que se permita, como alerta Jescheck, que el juez “*complete las lagunas según su propia sensibilidad jurídica*”¹²³.

Esa sistemática también hace temblar en cierta forma el principio de división de poderes, con vistas a, según Jürgen Baumann, de si en los tipos penales “*se emplean características altamente normativas con excesiva despreocupación, se pondrá a cargo del juez la tarea – que incumbe al legislador – de decidir acerca del ámbito de lo punible y de la determinación exacta*”¹²⁴. De modo que la actividad del

¹²³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal...**, p. 174.

¹²⁴ BAUMANN, Jürgen. **Derecho Penal**. Conceptos Fundamentales y Sistema. Buenos Aires: Depalma, 1981. p. 62.

legislador en el ámbito penal debe orientarse por una serie de cautelas, señalando, con propiedad, Gonzalo Rodríguez Mourullo que

la ley penal debe revestir las notas de claridad y exhaustividad en la descripción del presupuesto (delito o estado peligroso) y ser precisa al señalar la consecuencia (pena o medida de seguridad). Hoy se habla ya, equiparándolos como postulados propios de un Estado de Derecho, de los principios de 'seguridad y claridad jurídicas' (Rechtssicherheit und Rechtsklarheit). Si las disposiciones legales no son claras y precisas, el principio nullum crimen, nulla poena sine lege queda privado de sentido y la seguridad jurídica convertida en pura ilusión. Desde esta perspectiva, el principio de legalidad se traduce en el aforismo nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta et stricta.¹²⁵

En el momento de la elaboración de las leyes penales debe el legislador dar preferencia a los elementos objetivos del tipo, que son aquellos elementos identificados mediante una simple constatación sensorial, para posibilitar así una mayor precisión y claridad en el ámbito de la aplicación de las normas. Sin embargo, advierten Reinhart Maurach y Heinz Zipf, "*en la moderna técnica de construcción del tipo es también imprescindible la aplicación de conceptos normativos*"¹²⁶. Esto se debe a la constatación de ser totalmente inaplicable la idea inicial de Ernest von Beling de tipos penales compuestos exclusivamente de elementos descriptivos-objetivos, debiéndose a veces incorporar también elementos normativos y subjetivos en la descripción de algunas conductas. Con todo, tales situaciones deben ser extraordinarias, dándose únicamente en los casos inevitables, de modo que no comprometa los postulados garantistas del principio de legalidad. El legislador necesita seguir los dictámenes de Sebastian Soler, que en un escrito clásico titulado "Fe en el Derecho y otros ensayos", ponderó que

un derecho penal civilizado debe estar constituido, pues, por una serie limitada de definiciones cerradas de acción. Esa estructura del derecho penal nos ha permitido definirlo como un sistema discontinuo de ilicitudes. Lo que molesta a los dictadores es precisamente esa discontinuidad, que va marcando límites a su poder.¹²⁷

¹²⁵ MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. **Derecho Penal...**, p. 62-63.

¹²⁶ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 159.

¹²⁷ SOLER, Sebastian. **Fe en el derecho y otros ensayos**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1956. p. 282-283.

2.8.5.1 Tipos penales vagos en el ordenamiento jurídico brasileño

Realmente existen varios registros de la utilización del expediente de la técnica legislativa vaga en el campo penal en países en los que, durante algún período, vivieron regímenes dictatoriales, con el objetivo de posibilitar una intervención estatal más ardua, principalmente contra los enemigos del poder, como ocurrió, por ejemplo, en las prescripciones legales indeterminadas de la Alemania nazi y en el modelo soviético stalinista, ya mencionados. En Brasil no fue diferente, pues en la época del régimen militar, recuerda Nilo Batista, “*as famigeradas leis de segurança nacional compunham autêntico florilégio de tipos penais violadores, pela construção de crimes vagos, do princípio da legalidade*”¹²⁸.

En la actual Ley de Seguridad Nacional (Ley 7170, de 14 de diciembre de 1983) se hallan algunos casos representativos de esas infracciones, por ejemplo, su art. 15, el cual habla de: “*praticar sabotagem contra instalações militares, meios de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragens, depósitos e outras instalações congêneres*”, fijándose también en el párrafo segundo la punición de los “*atos preparatórios de sabotagem*”, señalando a este respecto Nilo Batista que

se ‘praticar sabotagem’ configura, já por si, um núcleo bastante indeterminado para o tipo, seus atos preparatórios são infinitamente multiformes; por outro lado, quem, em estado de sanidade mental, será capaz de definir ‘instalações congêneres’, a um só tempo, de uma estrada, uma fábrica, uma usina e um depósito?¹²⁹

Además de esto, el referido enunciado, al admitir la punición de los actos preparatorios, estaría lesionando el principio de exterioridad, expresión utilizada por el penalista chileno Enrique Cury¹³⁰, que presenta la regla básica de que el Derecho Penal, en términos de punición, únicamente tiene que preocuparse a partir del

¹²⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 78.

¹²⁹ Idem, p. 79.

¹³⁰ CURY, Enrique. **Orientación para el estudio de la teoría del delito**. Santiago: Nueva Universidad, Universidad Católica de Chile, 1973. p. 35.

momento en que el sujeto comience con los actos ejecutorios, pues es sólo a partir de esa etapa cuando los bienes jurídicos penalmente tutelados pueden ser lesionados o expuestos a peligro de lesión, quedándose fuera del ámbito punitivo de las fases de la cogitación (“*cogitationis poenam nemo patitur*”) y de los actos preparatorios. En ese sentido, refuerza Heleno Cláudio Fragoso, “os atos preparatórios são impunes. O limite mínimo da punibilidade é o início da execução, ou seja, a realização de atos executivos. A punibilidade de atos preparatórios é perigosa porque torna incertos os limites da ilicitude”.¹³¹

En el Código Penal brasileño también encontramos preceptos incriminatorios vagos e indeterminados, afectando la necesaria taxatividad de la ley penal. Así, durante muchos años estuvo en vigor en el art. 240 del Código Penal, ubicado en el Título que versa sobre los “*crimes contra a família*”, la tipificación del delito de adulterio en los siguientes términos: “*cometer adultério*”. Tal hecho fue recientemente despenalizado (“*abolitio criminis*”) con la publicación de la Ley 11.106, de 28 de marzo de 2005. Pero mientras estaba en vigor la referida norma incriminatoria surgieron las siguientes indagaciones: ¿Qué tipo de acto sexual tenía que ser realizado para configurarse el delito? ¿Solamente la conjunción carnal? ¿Se admitía frente a cualquier tipo de acto libidinoso? ¿Tenía el acto sexual que ser cometido necesariamente con persona del sexo opuesto para que se diera la consumación?

El penalista Adilson Mehmeri, presentando una síntesis acerca de las posiciones doctrinales sobre las divergencias que existían alrededor de ese delito, el cual lesionaba la institución del matrimonio, destacó:

o legislador, no exemplo de legislações alienígenas, não conceituou a figura do adultério. Disso resulta acirrada controvérsia sobre se a conduta delituosa estaria circunscrita apenas à conjunção carnal entre réu e co-réu, ou se abrangeria também a prática de qualquer ato libidinoso. Eusébio Gómez entende que qualquer prática de amor fisiológico, normal ou anormal, constitui adultério. Diverso é o entendimento de Garraud, que só admite a conjunção carnal (cópula vaginal). No Brasil, Costa Júnior e Damásio de Jesus, dentre outros, dão conotação abrangente ao termo, admitindo ocorrer o delito em qualquer encontro carnal, vagínico ou não.

¹³¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A Nova Parte Geral..., p. 241.

Heleno Fragoso filia-se aos que só admitem a cópula vaginal. Com razão este último posicionamento. Se todos os doutrinadores afirmam que só é possível o adultério entre homem e mulher, infere-se daí que só eles podem praticar a conjunção carnal. Claro que a prática de outros atos libidinosos constituirão crimes diversos, a depender da natureza deles. De indeclinável procedência a tese de que o casamento impõe fidelidade recíproca entre os nubentes, e qualquer ato libidinoso, extramatrimônio, é quebra a esse dever de lealdade. Mas para cada espécie de infidelidade há um crime específico. O adultério deve circunscrever-se apenas aos casos de conjunção carnal com parceiro estranho ao leito conjugal.¹³²

Por lo tanto, reinaba la total incertidumbre sobre los límites del delito de adulterio, estando la aclaración del contenido prohibitivo al completo arbitrio del juzgador, no alejándose incluso de la hipótesis de admitir como ilícita la práctica de relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, una vez que tal interpretación no constituiría ningún absurdo frente a la completa indeterminación del tipo penal. Como dice Gilson Sidney Amâncio de Souza, *“a nova lei, descriminalizando o adultério, resolveu também um problema de ofensa à taxatividade do Direito Penal, já que o Código não definia a conduta caracterizadora do adultério, deixando tal tarefa à cargo da doutrina e dos tribunais”*.¹³³ Lo único seguro sobre los criterios abarcadores del entonces en vigor delito de adulterio era la imposibilidad de extender la incriminación a los casos de familia informal, es decir, en caso de compañeros, pues eso representaría una infracción del principio de legalidad, significando una auténtica analogía *“in malam partem”*. En ese sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, interpretando la entonces existente norma incriminatoria, subrayaba el siguiente aspecto:

ainda que se cogite da lealdade que deve existir entre os companheiros, dada a unicidade do vínculo para configurar o companheirismo, como uma noção assemelhada à fidelidade, o adultério não pode existir em relação aos companheiros como crime, sob pena de violação do princípio da reserva legal.¹³⁴

¹³² MEHMERI, Adilson. **Noções Básicas de Direito Penal**. Curso Completo. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 702-703.

¹³³ SOUZA, Gilson Sidney Amâncio de. Breves considerações sobre a Lei Nº 11.106, de 28.03.2005, que alterou o Código Penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 13, n. 151, p. 14, 2005.

¹³⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Família no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 162.

Otros casos de tipos penales vagos perfectamente perceptibles en el Código Penal brasileño se encuentran en los enunciados definidores de los delitos de riña tumultuaria (art. 137 del CP: “*participar de rixa, salvo para separar os contendores*”??); reducción a la condición análoga a la de esclavo (art.149 del CP: “*reduzir alguém a condição análoga à de escravo*”??); entrega de hijo menor de edad a persona no idónea (art. 245 del CP: “*entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo*”??); en el art. 247 del CP, según el cual constituye delito “*permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I- freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má fama*”??; “*II- freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza*”??.

Debe observarse también la absoluta falta de precisión conceptual de los tipos penales en la Ley 8078/90, la cual regula la protección del consumidor, en particular el tipo contenido en el art. 69, al definir como delito el comportamiento de “*deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: Pena – detenção de um a seis meses ou multa*”. Comentando tal infracción penal, aduce Cláudio Brandão que

o legislador incrimina, em tese, uma omissão de organização de dados, porém não determina de que forma esses dados deveriam ser organizados, deixando ininteligível qual é a conduta punida pelo tipo; ademais, o legislador não precisa quais são os dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade. Isto posto, essa norma fere uma exigência do Princípio da Legalidade.¹³⁵

La cantidad de preceptos primarios de normas incriminatorias también está abundantemente presente en la Ley 5250/67, que regula la libertad de manifestación del pensamiento y de información, especialmente en el art. 17, cuando enuncia que constituye delito “*ofender a moral pública e os bons costumes*”. Advierte Cláudio do Prado Amaral que

¹³⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 82.

as expressões 'bons costumes' e 'moral pública' carecem de precisão denotativa e trazem intrinsecamente um conteúdo vago, incapaz de ser delimitado ou individualizado. Afinal, o que é 'moral pública'? Ainda existe uma 'moral pública'? O que são 'bons costumes'? Note-se que são expressões altamente voláteis e com variantes condicionadas aos fatores temporal, espacial e cultural. Trata-se de autêntico tipo penal genérico ou vazio, prática incompatível com o princípio da taxatividade.¹³⁶

En la legislación especial que regula los delitos contra el medio ambiente (Ley 9605/98) también pueden encontrarse algunas aberraciones en términos de técnica legislativa, por ejemplo en el art. 68, que establece: "*deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental*" (?); art. 54: "*causar poluição de qualquer natureza em níveis tais (?) que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa (?) da flora*".

Lo mismo se puede decir sobre el Código de Tránsito Brasileño (Ley 9503/97), el cual, conforme aclara José Antônio Paganella Boschi, contrastando con el postulado básico de normas penales explícitas, objetivas, claras, considera en el artículo 306 como delito la conducción de vehículo en la vía pública "*sob a influência do álcool*" y, en el art. 311, que es delito el tráfico de vehículos en "*velocidade incompatível*" cerca de escuelas, hospitales, estaciones de embarque y desembarque, etc.

Ora, no primeiro caso, a jurisprudência, provavelmente, terá que preencher o tipo, lançando mão do art. 165 do mesmo Código, que, para os efeitos administrativos, considera embriagado quem conduz automóvel apresentando nível de álcool superior a seis decigramas por litro de sangue. Já na última situação, não haverá a menor dúvida de que o significado da expressão 'velocidade incompatível' poderá sofrer variações na jurisprudência, dependendo das condições do terreno, da luminosidade, do estado do veículo, etc., a bem denotar as inconveniências dos tipos abertos.¹³⁷

¹³⁶ AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais: Da Legalidade à Culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p. 117.

¹³⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 57.

2.8.5.2 Los Delitos Impropios de Omisión y el Principio de Taxatividad. La Posición de Garante

En nuestra opinión, de la misma manera se da una infracción del principio de taxatividad o de determinación en la reglamentación prevista en el Código Penal para los delitos impropios de omisión, también conocidos como delitos de comisión por omisión, donde la conducta omisiva constituye una forma de obtener un resultado naturalístico previsto en un tipo penal caracterizador de un delito comisivo. En esos supuestos, el comportamiento descrito en el tipo penal es de acción en sentido estricto, pero el agente obtiene el resultado a través de la no realización de una conducta que impediría la supervivencia de éste. No obstante, para que se atribuya la responsabilidad penal al sujeto por esa forma de conducta es preciso que se constate que éste tenía la posibilidad física de actuar en las circunstancias y que estaba en el deber jurídico de impedir el resultado, o sea, en la posición de garante (“*Garantenstellung*”), debido a la existencia de una especial vinculación suya con el bien jurídico tutelado. En esos términos señala Ferrando Mantovani que mencionada

obligación de garantía puede ser definida como la obligación jurídica que gravita sobre específicas categorías predeterminadas de sujetos, previamente revestidos de los adecuados poderes jurídicos, de impedir resultados que ofendan bienes ajenos, confiados a su tutela por la incapacidad de los titulares para protegerlos adecuadamente. Y la consecuencia es que únicamente la obligación de impedir, reconstruida en tales términos, legitima la equiparación – según la denominada cláusula de equivalencia progresivamente introducida en los códigos penales modernos (por ejemplo, artículo 40/2 del c.p. italiano y artículo 11 del c.p. español) – del no impedir al causar: de la causalidad omisiva a la causalidad activa.¹³⁸

Resalta Eduardo Correia que

da norma que quer evitar um resultado nasce, pois, para todos, não só o dever de evitar as actividades que o produzem, mas também o comando de levar a cabo as actividades que obstem à sua produção. Daí que não só

¹³⁸ MANTOVANI, Ferrando. La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal. In: MODERNAS TENDENCIAS EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y EN LA CRIMINOLOGÍA, 2001, Madrid. **Actas y Congresos**. Madrid: Universidad Nacional a Distancia, 2001. p. 488.

importe à sua violação o “facere” como o “omittere”. Um e outro podem levar a cabo a sua violação, realizando-se no primeiro caso uma comissão por acção, no segundo uma comissão por omissão. Temos, assim, que o dever de actividade cuja não observância constitui a omissão não se pode dizer autónomo, mas é derivado do preceito que quer evitar a negação de valores contida na produção de um certo resultado. Deste modo, as possíveis omissões a que pode imputar-se um resultado são tantas quantas as possíveis actividades que podiam obstar à sua produção. Mas deve efectivamente imputar-se um resultado a todas estas possíveis actividades?¹³⁹

La respuesta para esa cuestión suscitada por el renombrado profesor de la Facultad de Derecho de Coimbra se obtiene a partir del análisis del proceso de tipificación, el cual se manifiesta en los delitos comisivos por omisión sólo parcialmente determinado bajo el aspecto legal, una vez que exige una considerable apreciación valorativa por parte del juez en la tarea de integración del tipo legal. En este sentido, Gonzalo Rodríguez Mourullo resalta acertadamente que *“los tipos de delitos de comisión por omisión son, por tanto, en parte de configuración legal y en parte de configuración judicial”*¹⁴⁰. Tal consideración genera desde un punto de vista político-jurídico una profunda limitación del principio de legalidad. Y, como indica Ferrando Mantovani,

l'esigenza della tassatività domina l'intero diritto penale: i settori non solo delle norme incriminatrici, ma anche delle norme scriminanti, modificative e estintive della punibilità, come pure degli istituti di parte generale (causalità, tentativo punibile, concorso di persone, concorso apparente e reale di norme, ecc.).¹⁴¹

Para atenuar ese conflicto reinante con la regla de la necesaria determinación de las conductas ilícitas, la doctrina adoptó un mecanismo observado en la esfera de la tipicidad de estos delitos improprios de omisión que viniese a posibilitar un criterio selectivo de las omisiones que no impidieran resultados lesivos, de modo que someterían así a sus autores a sanciones de naturaleza penal, permitiendo de ese modo una equiparación jurídico-penal de la conducta omisiva, que no impidió la

¹³⁹ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1968. v. I, p. 271.

¹⁴⁰ MOURULLO, Gonzalo Rodrigues. **La Omision de Socorro en el Código Penal**. Madrid: Editorial Tecnos, 1966. p. 79.

¹⁴¹ MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 1992. Parte Generale. p. 100.

supervivencia del resultado típico, con las acciones positivas que la provocan. Se estableció la regla de que para la configuración del delito de comisión por omisión es imprescindible que el sujeto tenga un especial deber jurídico de actuar o, según la doctrina alemana, “un deber jurídico de garantía” con características muy particulares, de modo que fundamente una responsabilidad penal consecuente del resultado no impedido, siendo que algunos ordenamientos jurídicos presentan un sistema amplio y otros un sistema más limitado de definición de las situaciones estimuladoras de los deberes de garantía. Se concluye, por lo tanto, que la equivalencia de la omisión al comportamiento positivo presupone que el que omite esté en la “posición de garante” de la evitación del resultado, orientación doctrinal que empezó con Feuerbach. Según este autor

hay un delito omisivo (del. omissionis, por oposición al delict. comissionis), siempre que una persona tiene un derecho a la exteriorización efectiva de nuestra actividad. Dado que siempre la omisión surge de una obligación originaria del ciudadano, el delito omisivo siempre presupone un especial fundamento jurídico (ley o contrato), que da base a la obligatoriedad de la comisión. Sin esto no puede haber ningún delito por omisión.¹⁴²

En los delitos impropios de omisión, la base punitiva está, por consiguiente, no en la circunstancia del agente de haber causado el resultado, pero sí en el hecho de no haberlo evitado, violando la norma que le atribuye el deber jurídico de desempeñar una acción obstaculizadora del hecho. Pero cabe destacar nuevamente que, en relación a los autores de estos delitos, no es suficiente el análisis de la verificación de la posición de garante para que se fije la responsabilidad penal, pues, conforme subraya Wilhelm Sauer, “*el deber de obrar existe solamente en la posibilidad de obrar. Desaparece por consiguiente con la propia incapacidad, por ejemplo enfermedad o ausencia inocente o doble obligación simultánea*”¹⁴³.

El Código Penal brasileño presenta las fuentes del deber jurídico de impedir el resultado a través de una fórmula programática que consta en el art. 13, párrafo segundo, enunciando que

¹⁴² FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Op. cit., p. 66.

a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

De este modo puede observarse como queda bajo la responsabilidad del juez la construcción de los tipos penales impropios de omisión, o sea, analizar las normas incriminatorias que son compatibles con esas fuentes de deber jurídico de actuar. Es en ese instante cuando el principio de legalidad se tambalea en su estructura, señalando Zaffaroni que *“há aqui um limite que fica a critério do juiz e que, a nosso juízo, lesiona seriamente a segurança jurídica”*¹⁴⁴.

En consecuencia, las situaciones descritas en el art. 13, párrafo segundo, del Código Penal son los presupuestos de hecho caracterizadores de la “posición de garante”, haciendo que los delitos comisivos por omisión sean, en términos de autoría, delitos propios o especiales, pues se exige que el sujeto tenga un vínculo especial con el bien jurídico protegido por la ley penal, transformándolo así en garante de la no supervivencia del hecho lesionador.

La primera situación de deber de impedir el resultado previsto en el Código Penal brasileño es la que deriva de la ley que impone a determinadas personas la obligación del cuidado, protección o vigilancia. Constituyen ejemplos de ese supuesto los preceptos relativos al Derecho de Familia regulados en el Código Civil, como son los casos de la obligación impuesta a los padres de guardia, educación y prestación de alimentos a los hijos; la obligación de los directores de establecimientos penitenciarios y psiquiátricos de velar y proteger a los presos y personas sometidas a medida de seguridad, etc. Así, si el director de un presidio tiene conocimiento de que un preso se encuentra en huelga de hambre desde hace varios días como forma de protesta por las malas condiciones de alimentación y

¹⁴³ SAUER, Guilherme. **Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1956. Parte General. p. 156-157.

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Panorama Atual da Problemática da Omissão. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, v. 33, p. 34, 1982.

régimen penitenciario a que se encuentra sometido, y no toma cualquier tipo de providencia en el sentido de la preservación de la vida del preso, siendo completamente indiferente a lo que le pueda suceder, en el caso de producirse la muerte del recluso podría perfectamente el director ser responsable penalmente por homicidio. Se daría ese delito muy probablemente en la forma de dolo eventual, cometido en la modalidad comisiva por omisión al encontrarse en la posición de garante, debido a la incumbencia que posee de velar por la integridad física y la salud de los reclusos.

Por lo tanto, en esa hipótesis de imposición jurídica de actuar se incluyen todos los deberes establecidos por el ordenamiento jurídico entendido en sentido amplio, abarcando no sólo las obligaciones consecuentes de la ley formal propiamente dicha, sino también todo precepto derivado de cualquier rama del Derecho con capacidad de crear vínculos jurídicos tales como los decretos, los reglamentos, las regulaciones obligatorias e, incluso, las decisiones judiciales. Sin embargo, en tales supuestos hay que tener en cuenta la advertencia realizada por Reinhart Maurach, de que

únicamente los deberes dotados de una base jurídica pueden merecer la consideración de deberes de garantía. Deberes religiosos, morales y de ética individual se encuentran fuera del derecho penal, limitado al “mínimo ético”, sin que puedan desempeñar pues función de garantía alguna en el sentido jurídico-penal, único aspecto que aquí interesa.¹⁴⁵

Pero conviene no olvidar al mismo tiempo la prudente apreciación hecha por el profesor Günter Stratenwerth de que

el obligado debe ser responsable en una medida elevada, sea por el bien jurídico amenazado o por la persona o la cosa de la que surge el peligro; pues, de otra manera, los deberes legales de acción no alcanzarán el rango de un deber de garantía. La elevación de la responsabilidad depende, a su vez, de determinados presupuestos objetivos que se pueden formular, por cierto, de una manera aproximada pero aún no suficientemente precisa.

¹⁴⁵ MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ariel, 1962. Tomo II, p. 283.

Esta es una de las razones por las que se percibe un cierto grado de inseguridad en el ámbito de los delitos impropios de omisión.¹⁴⁶

Es justamente esto lo que se constata en la segunda hipótesis enunciada en el art. 13, párrafo segundo, “b”, del Código Penal, creadora de la posición que garantiza, o sea, la posición de quien de otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado. Se trata de una obligación que viene de un contrato o de una manifestación unilateral de voluntad del sujeto, aclarando Francisco Muñoz Conde que la referida situación se origina de

una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras que se da sobre todo en el ámbito de la medicina (servicios de urgencia, por ejemplo), de los bañeros contratados en los baños públicos, de los encargados de la custodia de los niños pequeños, etc., además personas que, de forma expresa o tácita, asumen la obligación de impedir determinados resultados, obligación que constituye precisamente el objeto de su aceptación.¹⁴⁷

En nuestra opinión, la expresión insertada en el enunciado “*de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*”, de contenido amplio y demasiado indeterminado, posibilita una ampliación considerable de los posibles supuestos de fijación de la obligación jurídica de ejecución de conductas que vengan a impedir la realización de resultados lesivos, contradiciendo la elemental e imprescindible regla de la determinación y certeza que los tipos penales definidores de responsabilidad penal necesariamente deben ostentar. Y todo esto en obediencia al postulado básico de la estricta legalidad que debe reinar en el campo del Derecho punitivo. Para ilustrar más en detalle la presente fuente de atribución de la posición de garante puede considerarse la siguiente situación: una mujer soltera, madre de un niño de cuatro años de edad, imposibilitada de dejarlo en el colegio por encontrarse en huelga, solicitó a la vecina que cuidase de su hijo mientras ella estaba en el trabajo. La vecina aceptó, pero no cuidó de forma adecuada al niño, pues se descuidó y dejó abierta la puerta de la casa, lo que posibilitó que el niño

¹⁴⁶ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**. El Hecho Punible. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), 1982. Parte General, I. p. 294.

¹⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito**. Bogotá: Temis, 1984. p. 36.

saliera. Sin percibir lo ocurrido, el niño fue atropellado mortalmente por un automóvil. En este caso se podría responsabilizar penalmente a la vecina por homicidio culposo, en la modalidad comisiva por omisión, pues ella tenía plena posibilidad física y el deber jurídico de actuar para impedir el resultado, ya que se encontraba en posición de garante una vez había manifestado su disposición a cuidar del niño por un determinado período de tiempo.

Según señala Edmund Mezger, en este y otros muchos casos similares se constata que “la reponsabilidad penal surge porque la otra parte contratante confía en el auxilio prometido y esta confianza le lleva a omitir otras seguridades. Aquí aparece el que se obliga a prestar el auxilio como ‘garante’”¹⁴⁸.

Finalmente, la incertidumbre jurídica está presente también en la tercera hipótesis de fuente del deber jurídico de actuar contemplada en el Código Penal brasileño, que es aquella que está basada en el presupuesto de que, explica Santiago Mir Puig, “*quien ha provocado, por una conducta precedente, una situación de peligro para un bien jurídico, está obligado a evitar que el peligro se convierta en lesión, so pena de considerar que la producción de ésta sería tan achacable al sujeto como su causación positiva*”¹⁴⁹. Según Hans-Heinrich Jescheck fue C. K. Stübel, en su obra “*Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*” (1828), quien “*añadió el hacer peligroso precedente como fundamento del deber de evitar el resultado*”¹⁵⁰.

La ley penal brasileña menciona el “comportamiento anterior”, creador del riesgo de que se de el resultado, comprendiendo, por lo tanto, tanto la acción en sentido estricto como la omisión de acción procedente de naturaleza peligrosa, pero sin olvidar la reserva de que el peligro provocado por el comportamiento del sujeto tenga potencialidad para producir el hecho dañoso. Se trata de una situación consecuencia de la obligación de injerencia, es decir, el deber que el sujeto tiene de impedir el surgimiento del resultado que puede derivar de su comportamiento

¹⁴⁸ MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. Tomo I, p. 311.

¹⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Barcelona: Reppertor, 2004. Parte General. p. 323.

¹⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal...**, v. 2, p. 827.

peligroso anteriormente ejecutado. La referida relación obligacional surge del postulado elemental de que quien crea un acontecimiento peligroso debe tener la máxima cautela para que de él no se origine un daño efectivo a terceros. Por ejemplo: el gerente de un supermercado cierra la puerta de la cámara frigorífica sin verificar si hay o no algún empleado en su interior. Pocos minutos después le informan de que uno de los carniceros se había quedado encerrado, pero siéndole indiferente lo que le pudiera ocurrir a aquél, el gerente no adoptó ninguna medida, lo que llevó a la muerte del empleado. En la presente hipótesis se encuentra configurado el delito de homicidio, en la forma de dolo eventual, cometido en la modalidad de comisión por omisión, una vez que, igualmente, el sujeto estaba en posición de garante, ajustándose de ese modo en la situación del art. 13, párrafo segundo, línea “c”, del Código Penal brasileño.

Esa última fuente de posición de garante, registra Luiz Luisi, dio lugar a grandes divergencias en la doctrina italiana. A partir del estudio de obras específicas sobre los delitos omisivos de algunos penalistas de este país, Luisi constató que

F. Grispigni e F. Antolisei se posicionam favoravelmente, Ottorino Vaninni declarou-se contrário por entender que a ação antecedente como fonte da obrigação de agir implica em recurso ao direito consuetudinário, importando em conflito com o princípio da reserva legal. F. Antolisei contraditando os argumentos de O. Vannini, releva que, no caso, não se trata da criação de um tipo penal por via consuetudinária, mas apenas de uma obrigação jurídica, da qual pode derivar uma norma consuetudinária.¹⁵¹

Pero las controversias acerca del tema no se restringen a ese aspecto suscitado por la doctrina italiana, pues la redacción imprecisa presentada por el legislador brasileño en el art. 13, párrafo segundo, línea “c”, del Código Penal, no permite al intérprete concluir con seguridad qué calidad debe ostentar el comportamiento anterior, de modo que origine la obligación para aquél que lo causó de ser compelido a cometer una acción positiva, con el objetivo de impedir la supervivencia del hecho. Esa acción precedente, creadora de la situación de peligro, ¿debe ser conforme o por el contrario contraria al ordenamiento jurídico? ¿Es indiferente que sea un comportamiento doloso o culposo? ¿Debe ser una conducta

¹⁵¹ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 110.

susceptible de ser sancionada o se admite también en relación a aquéllas que son impunes? Por fin, ¿cuál debe ser su naturaleza jurídica?

Por regla general, la doctrina penal brasileña busca en la dogmática penal alemana los fundamentos para contestar mencionados cuestionamientos, la cual, de la misma forma, no posee un entendimiento uniforme sobre el tema, pudiéndose encontrar dos orientaciones diametralmente opuestas.

Por un lado se encuentra la tesis sostenida, entre otros, por Maurach, el cual se posiciona en el sentido de que

es necesaria y suficiente una acción precedente de cualquier naturaleza, creadora o elevadora del peligro. Su calificación jurídica no interesa. Resulta irrelevante el que la acción precedente se haya cometido conforme o contrariamente al derecho, con o sin culpa, y el que represente o no un hecho punible. También simples actos de cortesía, como el acompañar a un anciano al cruzar la calle, pueden producir efecto fundamentador de la garantía.¹⁵²

Por otro lado prevalece en la ciencia penal germánica la idea de que la acción precedente peligrosa debe caracterizarse por la antijuridicidad o, como dijo Jescheck, “*el comportamiento previo debe haber sido objetivamente contrario al deber (aunque no sea culpable)*”¹⁵³. En los mismos términos se posiciona Johannes Wessels, el cual en su obra “*Strafrecht*”, dijo que

uma conduta antecedente conforme ao dever, de acordo com o tráfego e legal, como, por exemplo, a lesão do agressor em legítima defesa ou a lesão de um partícipe do trânsito apesar do modo de conduzir isento de defeitos e de acordo com o trânsito, não funda uma posição de garantidor, mas só um dever de assistência decorrente do parágrafo 330c.¹⁵⁴

¹⁵² MAURACH, Reinhart. Op. cit., Tomo II, p. 289.

¹⁵³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal...**, p. 859.

¹⁵⁴ WESSELS, Johannes. **Direito Penal. Aspectos Fundamentais.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976. Parte Geral. p. 164.

Lo cierto es que en esa hipótesis de obligación de injerencia debe estar presente necesariamente el criterio de que el deber de garantía deviene de un hecho precedente de cuya efectivación el autor previó o tenía condiciones de prever el desencadenamiento de una situación de peligro, de modo que poseía perfectas condiciones de actuar de manera diferente, absteniéndose de hacer o conduciéndose de otra forma.

Ante lo expuesto, entendemos que la técnica legislativa utilizada al disciplinar los delitos comisivos por omisión en el art. 13, párrafo segundo, del Código Penal brasileño, fijando las fuentes del deber de actuar, no es buena bajo el aspecto político-jurídico. Existe una colisión frontal con el principio de la certidumbre o de la determinación, corolario del principio del “*nullum crimen sine lege*”, por tener creado un tipo demasiado abierto, posibilitando amplios márgenes valorativos por parte del juzgador en el proceso de integración del tipo legal. Eso hace con que sea cierta la advertencia hecha por Zaffaroni de que “*o princípio da legalidade se encontra em sério perigo pela via dos delitos impróprios de omissão não escritos*”¹⁵⁵.

Para que no se de esa temerosa disarmonía, ese sentimiento de inseguridad jurídica y de posibles arbitrariedades, se propone una solución *de lege ferenda*, atribuyendo exclusivamente al legislador la competencia para seleccionar y elaborar tipos penales específicos de delitos improprios de omisión, definiendo de forma clara, precisa y sin lagunas las conductas omisivas relevantes para el Derecho Penal. Sólo a través de ese procedimiento se hará respetar el postulado de la estricta legalidad, alejándose así la posibilidad de equiparar la comisión omisiva con la provocación activa de resultados lesivos fuera de los casos en que tal equiparación esté autorizada y estipulada expresamente en el ordenamiento jurídico-penal. Por lo tanto refutamos la tesis sostenida por algunos penalistas acerca de la imposibilidad natural de agotarse en tipos penales todos los casos de conductas improprias de omisión, de modo que tenemos que doblarnos frente a las terribles e inadmisibles amenazas a la legalidad que se derivan de la estructura legislativa actualmente seguida. Es el caso de Rodríguez Mourullo, que en su rico estudio sobre los delitos omisivos alega que

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Panorama Atual da Problemática da Omissão. p. 34.

por la propia naturaleza de las cosas parece impracticable la expresa tipificación legal de todos los posibles y eventuales supuestos de comisión por omisión que, desde el punto de vista de la justicia material, pueden presentarse merecedores de una equiparación a la comisión activa.¹⁵⁶

Osamos discordar del eminente penalista español, pues como destacó muy acertadamente Zaffaroni, “se eventualmente se deixa algum vazio de punibilidade importante, ali estaria o legislador para remediá-lo, mas não é tolerável que, para prevenir esta eventualidade, os limites da proibição penalmente relevante fiquem liberados a valorações subjetivas altamente duvidosas”¹⁵⁷.

Con la misma preocupación, Juarez Tavares dijo que “a solução mais coerente com a exigência do princípio da legalidade, embora não exhaustiva e nem perfeita, seria a previsão, na Parte Especial do Código Penal, dos delitos que comportassem punição pela omissão”¹⁵⁸.

Constituiría una ingenuidad jurídica aceptar la idea de que con la simple introducción de una norma penal de carácter genérico, indicando de forma vaga las situaciones en que las personas están obligadas a actuar para impedir hechos dañosos, sería suficiente para suprimir las objeciones de naturaleza político-jurídicas sostenidas en este trabajo. Tal sistemática representa una evidente limitación al principio de legalidad, pues los delitos impropios de omisión seguirían siendo regulados por tipos extremadamente abiertos, con una determinación legal meramente parcial, necesitando, pues, de una amplia y poderosa integración judicial, posibilitando, de ese modo, valoraciones subjetivas altamente dudosas.

Pero mientras no se cambie el caótico sistema legislativo acerca de esa modalidad de conducta, con el fin de dotarla de las garantías fundamentales, lo que desgraciadamente acarrea que tengamos que soportar esa regla excesivamente flexible, se recomienda que, por lo menos, los intérpretes, seguidores de un Derecho Penal mínimo y celoso de la dignidad humana, utilicen de forma cabal en sus

¹⁵⁶ MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. **La Omisión de Socorro en el Código Penal...**, p. 88.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Panorama Atual da Problemática da Omissão**. p. 37.

¹⁵⁸ TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996. p. 70.

operaciones jurídicas mecanismos hermenéuticos extremadamente restrictivos en el tratamiento de los delitos impropios de omisión, a fin de no comprometer aún más las finalidades y los principios básicos del Derecho Penal visto bajo el foco garantista.

2.8.5.3 El Delito Continuado y el Principio de Taxatividad

Otra situación de infracción al postulado del principio de la certidumbre en la legislación penal brasileña está, en nuestro entendimiento, en el tratamiento del delito continuado. La expresión “delito continuado” (“*concursum continuatum*”), para los alemanes “*fortgesetzte Verbrechen*”, representa, conforme enseña el penalista italiano Giuseppe Maggiore, “*una pluralidad de acciones (o de omisiones) y de violaciones, que constituyen por sí mismas otros tantos delitos distintos y perfectos, unificados por la ley en vista de la identidad del designio delictivo*”¹⁵⁹.

En la legislación penal brasileña, esa modalidad de concurso de delitos tiene sus presupuestos regulados en el art. 71 del Código Penal, en los siguientes términos:

quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Parágrafo Único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

¹⁵⁹ MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal**. El Delito. La Pena. Medidas de Seguridad y Sanciones Civiles. Bogotá: Temis, 1954. V. II. p. 172.

Referido instituto, comparado con la modalidad similar del concurso material de delitos, prevé un sistema punitivo considerablemente más benéfico para sujeto. En el caso del delito continuado, el autor comete varias infracciones penales mediante dos o más conductas realizadas en las mismas condiciones de tiempo, lugar, modo de ejecución y otras semejantes, debiendo el juez, una vez constatando la presencia de estos requisitos en el caso concreto, utilizar la técnica de exasperación. A través de ella el magistrado tendrá como base de cálculo una sola pena, correspondiente al delito más grave que, sin embargo, sufrirá un aumento en razón de la incidencia de la elevación sancionatoria, proporcional al número de infracciones penales cometidas por el sujeto, de modo que permita la punición de los demás hechos que componen el concurso.

Se observa que en el caso del concurso material, regulado en el art. 69 del Código Penal brasileño, también conocido como concurso real o de pluralidad material de tipos, el autor ejecuta igualmente varias conductas que provocan diversos resultados típicos. Pero, al contrario que en el delito continuado, el cual acoge el sistema de la exasperación, se verifica aquí la adopción del principio del cúmulo material, según el cual las penas correspondientes a las diversas infracciones penales cometidas deben ser sumadas por el juez.

Sobre las relaciones entre el delito continuado y el concurso material, José Salgado Martins afirmó que el primero representa “uma espécie de concurso material homogêneo: os vários delitos cometidos, em momentos sucessivos, todos lesando o mesmo bem jurídico, são considerados por uma fictio iuris como um só delito”¹⁶⁰. Realmente, en cuanto a la naturaleza jurídica del instituto del delito continuado prevalece, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera, la orientación sostenida inicialmente por Francesco Carrara, conocida como teoría de la ficción jurídica o de la unidad ficticia limitada. De acuerdo con ella, en el presente caso existen facticamente varios ilícitos cometidos por el sujeto, pero, por una creación jurídica, basada en algunos presupuestos, son tratados como si fuera una sola infracción penal. Destacó Carrara que

¹⁶⁰ SALGADO MARTINS, José. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1974. Introdução e Parte Geral. p. 264.

para que exista la figura de varios delitos es necesaria la existencia de varias acciones, cada una de las cuales debe representar por sí misma una ofensa a la ley. Ahora bien, dada esa pluralidad de acciones, el rigor de los principios exigía que ellas se imputaran a su autor como otros tantos títulos delictivos distintos; pero como ello conducía, por consecuencia lógica inevitable, a una suma de penas que podía ser exorbitante, los prácticos introdujeron la doctrina de la continuación, que tiene el benigno fin de considerar los diversos delitos como un solo delito continuado, con el objeto de aplicarles una imputación global, más grave que la atribuible al delito único, pero nunca equivalente a la suma que resulta de la acumulación de las imputaciones correspondientes a cada infracción.¹⁶¹

Pero lo que importa demostrar en este momento son las incompatibilidades de los presupuestos que dan cuerpo al delito continuado con el paradigma de la estricta legalidad que debe orientar las reglas del Derecho Penal. Sin embargo, por representar una violación del principio constitucional de irretroactividad de la “*lex gravior*” no se puede dejar de apuntar brevemente nuestro rechazo a la posición que se consolidó recientemente en el Supremo Tribunal Federal brasileño, exteriorizada en la Súmula 711, al disciplinar que “*a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência*”. La mencionada orientación ya venía siendo adoptada desde hace varios años en la doctrina, entre otros por Aníbal Bruno¹⁶² y Odin do Brasil Americano, para quien, “*se o primeiro crime começou na vigência de uma lei e sobrevieram outros após a vigência de nova lei, sob a influência desta deverão ser punidos, desprezada a série dos que se cometeram antes pois, apesar de não fazer a lei referência ao “desígnio”, ainda o elemento subjetivo está presidindo os fatos*”¹⁶³. Entendemos que el delito continuado, al consistir en una ficción jurídica con una función benevolente, debe tener en la primera infracción penal cometida por el sujeto, y que constituye el hecho ilícito propulsor de la cadena delictiva, el elemento central para la fijación del tiempo del delito, es decir, debe considerarse como hito a ser utilizado para la aplicación de la regla del “*tempus regit actum*”, que solamente dejará de prevalecer en caso de surgir una ley posterior más benévola reglamentando la materia. De acuerdo con Paulo José da Costa Júnior “é

¹⁶¹ CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**. Bogotá: Temis, 1996. Parte General. V. I. p. 347-348.

¹⁶² BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo I, p. 266.

¹⁶³ AMERICANO, Odin I. do Brasil. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985. Parte Geral. v. 1. p. 53-54.

*esta, sem sombra de dúvida, a única posição aceitável, diante do jus positum e da Magna Carta. A lex mitior, no confronto das leis penais, haverá de prevalecer sempre, em nome do favor libertatis*¹⁶⁴. Ya Luiz Flávio Gomes, adoptando directriz conciliadora, al comentar el contenido de la Súmula 711 del Supremo Tribunal Federal, explicó que

essa posição não parece a mais acertada (aliás, é inconstitucional). O correto é o juiz fazer o devido aumento em relação aos crimes anteriores à lei nova assim como o decorrente da lei nova, buscando-se a média (princípio da proporcionalidade). O aumento intermediário é correto.¹⁶⁵

En el Derecho Penal español, el instituto del delito continuado, el cual apareció por vez primera como una creación judicial que fue amparada por el Derecho positivo con la Reforma de 1983, está actualmente regulado expresamente en el art. 74 del Código Penal, reformado por la Ley Orgánica 15/2003. Mencionado dispositivo legal contiene la siguiente redacción:

1- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. 2- Si se trata de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. 3- Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

¹⁶⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**..., p. 12.

¹⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. Teoria Constitucionalista do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Parte Geral. p. 301-302.

Analizando el mencionado contenido normativo correspondiente al delito continuado en la legislación penal española, también se encuentran problemas en la precisión de la forma de redacción. En ese sentido, subrayan Manuel Cobo del Rosal y Manuel Quintanar Díez:

Lo cierto es que en relación con este instituto la mejor doctrina se ha producido de forma sumamente crítica. La configuración legal no cumple adecuadamente con las exigencias de *taxatividad y certeza*. Las razones de política criminal que determinaron su nacimiento consistentes en la evitación del cruel régimen penológico, especialmente, impedir la pena de muerte, entonces aplicable a la pluralidad de infracciones, ya no subsisten, pues la punición del concurso obedece a criterios de mayor moderación y porque el delito continuado ha dejado de ser la institución pietista que fue en sus orígenes. Incluso en feliz expresión de la mencionada doctrina hoy la figura constituye una especie de indeseable ruleta punitiva que puede ser utilizada tanto para agravar la pena como para dulcificarla sin que puedan establecerse criterios generales y objetivos de interpretación.¹⁶⁶

De la lectura del art. 71 del Código Penal brasileño observamos que para que se pueda aceptar la continuidad delictiva en las conductas emprendidas por el sujeto, de modo que no incida en el tratamiento punitivo más exacerbado del concurso material, hay necesidad de comprobación de algunos requisitos de orden objetivo y, según parte de la doctrina, también de naturaleza subjetiva, habiendo en relación al tema fuertes controversias jurídicas. A propósito, afirma Antonio Quintano Ripollés que

la máxima dificultad teórica y práctica en materia de concurso de delitos se ofrece, sin duda, en torno a los llamados continuados, donde puede decirse que todo es discutido y discutible, desde su gestación histórica hasta la propiedad del nombre, y sobre todo, lo tocante a su naturaleza y requisitos.¹⁶⁷

El primer presupuesto contemplado en la ley penal es la necesidad de que el sujeto cometa una pluralidad de conductas, comisivas u omisivas, cometiendo dos o

¹⁶⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel; QUINTANAR DÍEZ, Manuel. **Instituciones de Derecho penal español**. Madrid: CESEJ, 2004. Parte General. p. 254-255.

¹⁶⁷ RIPOLLÉS, Antonio Quintano. **Compendio de Derecho Penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. I, p. 404.

más delitos de la misma especie. Y surge la duda inicial en cuanto al significado preciso de la expresión “delitos de la misma especie”. ¿Serían solamente los delitos que están insertados en el mismo artículo de la ley penal o se admitirían también en el concepto aquellos delitos que, a pesar de no constar en el mismo enunciado legal, poseen caracteres objetivos y subjetivos comunes, ofendiendo el mismo objeto jurídico?

La respuesta no se presenta unívoca en la literatura jurídico-penal nacional y extranjera, lo que provoca decisiones judiciales en diferentes direcciones. Para Aníbal Bruno

cada ação deve fundamentalmente constituir a realização punível do mesmo tipo legal, isto é, essas ações repetidas devem representar dois ou mais crimes da mesma espécie, podendo reunir-se a forma consumada com a tentativa, a forma simples com a agravada. Os bens jurídicos ofendidos podem ter o mesmo ou diverso titular.¹⁶⁸

En la misma línea se encuentra Miguel Reale Júnior, cuando afirma que para que haya la continuidad delictiva es imprescindible la repetición de acciones homogéneas, o sea, *“que os crimes surjam da mesma espécie, ou seja, atinjam o mesmo bem jurídico e se enquadrem no mesmo tipo penal, independentemente de circunstâncias que qualificam ou privilegiam. A identidade jurídico-penal decorre dos fatos se adequarem ao tipo fundamental, em seus elementos essenciais”*¹⁶⁹. En la jurisprudencia viene prevaleciendo esa orientación más conservadora y limitada del concepto de delitos de la misma especie, habiendo varias decisiones de los tribunales superiores negando la continuidad delictiva frente a tipos penales incriminatorios sólo semejantes, así como entre delitos dolosos y culposos. Ya decidió, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal que *“não é admissível continuidade entre roubo e furto. Firmou o STF, em sessão plenária de 21.5.1980, que não se configura o crime continuado quando há roubo e furto, porque esses delitos, embora da mesma natureza, não são, entretanto, da mesma espécie”*¹⁷⁰.

¹⁶⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo II, p. 680-681.

¹⁶⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Parte Geral. v. II. p. 116.

¹⁷⁰ HC n. 70.360-7, 2ª Turma, Relator Ministro Néri da Silveira, 17.8.93.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, el Superior Tribunal de Justicia declaró en una decisión que *“estupro e atentado violento ao pudor são crimes, embora de mesmo gênero, de espécies diversas, não se estabelecendo entre eles a continuidade delitiva, ainda que praticados contra a mesma vítima”*¹⁷¹.

Pero, generalmente, la hermenéutica sobre el tema viene manifestándose en la doctrina penal nacional de forma más liberal, ampliando el contenido del elemento del tipo analizado, entendiendo algunos penalistas como José Frederico Marques que el hecho de que la ley exiga, para la configuración del instituto, que los delitos sean de la misma especie, *“isto não significa que todos os delitos praticados devam enquadrar-se no mesmo artigo da lei penal”*¹⁷². En la misma línea de pensamiento, pero presentando una fundamentación más técnica, se encuentra Fernando de Almeida Pedroso, para quien los

crimes da mesma espécie, sem embargo de julgados e manifestações doutrinárias em contrário, não são somente os que se abrigam sob o mesmo dispositivo legal violado, id est, os que afrontam um mesmo tipo legal delitivo. Quisesse a lei restringir a continuidade apenas a esta situação, teria feito emprego da locução crimes idênticos, em detrimento da de crimes da mesma espécie, e não faria alusão à possível heterogeneidade, determinando que, não sendo iguais ou idênticas as sanções, que se aplique a mais grave, com a exasperação cabível (art. 71). De tal arte, crimes da mesma espécie são aqueles que, possam embora não violar o mesmo preceito, faltando-lhes então a unidade de regra preceptiva, ofendem contudo o mesmo bem jurídico penalmente tutelado e guardam peculiaridades semelhantes relativas à maneira de execução básica, assemelhando-se, aduziu Manoel Pedro Pimentel, nos seus aspectos objetivos e subjetivos.¹⁷³

Con base en esa directriz más liberal, Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior y Fábio M. de Almeida Delmanto¹⁷⁴, presentan sentencias admitiendo la continuidad delictiva, incluyendo los crímenes de violación y atentado violento al pudor (STF, RT 585/425); robo y secuestro (TJSP, RT 599/300); robo y

¹⁷¹ STJ, RESP 17857/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Cid Flaquer Scartezini, DJU 17.8.92, p. 12507.

¹⁷² FREDERICO MARQUES, José. **Curso de Direito Penal**. Da Infração Penal. São Paulo: Saraiva, 1956. v. II, p. 355.

¹⁷³ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito Penal**. Estrutura Crime. São Paulo: Universitária de Direito, 1993. Parte Geral. p. 593-594.

¹⁷⁴ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 136-137.

extorsión (STF, RE 88.308, DJU 19.4.79, p. 3066); robo y hurto (STF, mv – RTJ 96/219); calumnia y difamación (TJSP, RT 545/344); latrocinio y robo (RT 656/288); etc.

A través de esa exposición inicial ya se puede ver cuán divergente es la estructuración del delito continuado. No obstante entendemos que, en la medida en que la ley no establece, como debería, un criterio preciso acerca de la definición de “delitos de la misma especie”, estamos evidentemente obligados a seguir la orientación más flexible, ampliando su campo de actuación. Ratificamos plenamente las acertadas consideraciones de Ney Fayet Júnior, el cual en su actualizado estudio sobre la continuidad delictiva destaca que su razón de existir

está visceralmente relacionada a uma questão de política criminal, tendo sido o instituto criado exatamente para beneficiar o delinqüente. Não há, assim, neste aspecto, razão em se dificultar a aplicação da regra do crime continuado, a partir de restritivo alcance interpretativo aos elementos configuradores deste instituto.¹⁷⁵

Realmente se tiene noticia de que el origen del delito continuado está vinculado a los trabajos de los juristas italianos, comentaristas y prácticos, destacándose los nombres de Bartolo de Sassoferrato, Baldo de Ubaldis, Julio Claro y Prospero Farinaccio durante el período de la Edad Media. Esta figura surgió con la finalidad, según informa Giulio Battaglini, “*de mitigar o rigor excessivo da pena em que o culpado incorreria por uma pluralidade de malefícios tendentes, como se dizia ad eundem finem (confronta-se a mesma solução dada pelos moralistas para o pecado)*”¹⁷⁶. Se dirigía en su nacimiento fundamentalmente a los sujetos que habían cometido tres hurtos, con la finalidad de liberarles de la ejecución de la pena de muerte. Pero recuerda Roque de Brito Alves que fue Feuerbach quien “*introduziu-o na codificação penal moderna, ao incluir o crime continuado no célebre Código Penal da Baviera, de 1813*”¹⁷⁷.

¹⁷⁵ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do Crime Continuado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 110.

¹⁷⁶ BATTAGLINI, Giulio. **Teoria da Infração Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1961. p. 508.

¹⁷⁷ BRITO ALVES, Roque de. **Direito Penal**. Recife: Labograf, 1976. Parte Geral. v. I. p. 547.

Con todo, las incertidumbres en cuanto a los requisitos del delito continuado no terminan aquí, pues la ley penal brasileña exige todavía para su configuración que haya una conexión temporal y que haya semejanza de lugar y de *modus operandi* entre las varias conductas cometidas por el agente.

En cuanto a la conexión temporal, una vez que la ley no estableció de forma exacta cuál es el lapso temporal máximo que debe existir entre una acción y otra, para que se acepte la continuidad delictiva permite que se deje al entero arbitrio de la doctrina y de la jurisprudencia la fijación de su entendimiento, habiendo incluso decisiones judiciales que defienden la tesis de que referido dato no es esencial para la existencia del instituto. Haciendo un análisis crítico sobre ese requisito, Luiz Régis Prado y Cezar Roberto Bitencourt dicen que

na ausência de critérios, tem-se cometido os maiores absurdos jurídicos na jurisprudência pátria, chegando alguns acórdãos, descriteriosamente a admitir a continuidade de crimes com intervalos de seis, dez e até 12 meses. Cabe indagar: sobraria o que para o concurso material?¹⁷⁸

No podemos aceptar ese tipo de técnica legislativa que deja enteramente al criterio de todo poderoso juzgador la decisión de si la pluralidad de conductas ilícitas que está evaluando será calificada como concurso material, con un tratamiento penal más perjudicial para el agente, o si por el contrario se encuentra aquél en buena voluntad con el reo, a fin de visualizar, en caso concreto, el delito continuado, lo que le va a proporcionar al autor un resultado más favorable. Con cierto grado de ironía, Álvaro Mayrink da Costa aseveró que

a questão do fator temporal (condição de tempo) é polêmica em nossos tribunais variando em bandas (prazos mínimos e máximos de tempo) para o processo de unificação de penas de acordo com a época de exigência da 'opinião pública' do maior ou menor sociedade no tratamento dos apenados. Nos tribunais paulistas e no STF o lapso temporal é de 30 dias entre os crimes cometidos.¹⁷⁹

¹⁷⁸ RÉGIS PRADO, Luiz; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 344.

¹⁷⁹ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Parte Geral. v. I., Tomo III. p. 1639.

La situación de falta de respeto al principio de taxatividad no es diferente en relación al elemento del tipo de la “ semejanza de lugar”, también de naturaleza demasiado abierta, permitiendo igualmente una ilimitada exégesis judicial, dejando de ese modo una total incertidumbre sobre su significado, extensión e importancia para la constitución del instituto. Debido a ello, algunos autores como Basileu Garcia llegan incluso a decir que “ *a unidade de lugar não deve ser considerada essencial, nem o texto a menciona, porque apenas determina que se tenham em vista as condições ‘de lugar’*”¹⁸⁰. Presentando cierta preocupación e indignación en cuanto a la técnica legislativa empleada por el legislador en el reglamento del delito continuado, especialmente en cuanto a la necesidad de la “ semejanza de lugar”, Ney Fayet Júnior dijo que hay “ *verdadeiramente uma anarquia de conceitos e interpretações*”¹⁸¹. Según él

nem ao menos se pode, neste particular, estabelecer, com segurança, a existência de um segmento que se apresente como majoritário, com força atrativa. Ao que nos transparece, as diferentes posições são, constantemente, alimentadas com novas decisões (muitas vezes valendo-se a jurisprudência de expressões inéditas: ‘linha reta entre as cidades’, ‘ligação direta entre as cidades’, ‘cidades geograficamente próximas’, ‘mesma região geográfica’, ‘ligadas as cidades por rodovias de cômodo, fácil e rápido acesso’, etc.), que tornam movediço o terreno jurisprudencial.¹⁸²

Por fin, el tópicico que origina las más fuertes divergencias doctrinales y jurisprudenciales hace referencia a la necesidad o no de un elemento subjetivo unitario del sujeto, es decir, una unidad de intención vinculando todas las acciones delictivas en continuación, como forma de estructuración del instituto, existiendo en la dogmática jurídico-penal tres orientaciones sobre el tema: la teoría subjetiva, la teoría objetiva y la teoría subjetivo-objetiva.

Para la teoría subjetiva, el elemento primordial para la configuración del delito continuado sería la unidad de fin, o sea, un mismo elemento anímico presente en las distintas infracciones penales cometidas por el agente, quedando en un plano

¹⁸⁰ GARCIA, Basileu. Op. cit., Tomo II, p. 511.

¹⁸¹ FAYET JÚNIOR, Ney. Op. cit., p. 114.

¹⁸² Idem, ibidem.

secundario el valor de los requisitos externos de naturaleza objetiva. Esta concepción predomina fundamentalmente en la doctrina italiana, siendo defendida, entre otros, por Francesco Carnelutti, para quien, *“lo que, no obstante la pluralidad de las acciones además de los eventos, unifica el delito, es la unidad del fin; por tanto, también la figura de la continuación es uno de los datos en que se muestra la importancia jurídica del fin”*¹⁸³. Así, asevera el maestro italiano *“mientras la unificación de varios delitos en la acumulación tiene una razón física, que está en la unidad de la acción, la unificación de varios delitos en la continuación se debe a una razón económica, concretada en la unidad del fin”*¹⁸⁴. A pesar de las celebridades que adoptan esa directriz, entendemos no obstante que no es la más recomendable debido a la total incapacidad de verificar con seguridad la definición de ese elemento psicológico, quedando, de ese modo, en la práctica, en la medición puramente intuitiva del juzgador, lo que, no se puede negar, lesiona el principio de certidumbre en el Derecho Penal.

En cuanto a la teoría objetiva, defendida por algunos penalistas germanos, se excluyen del listado de los elementos configuradores del delito continuado datos de naturaleza subjetiva, despreciando la unidad de designios, debiéndose observar para su estructuración únicamente factores de homogeneidad objetiva. Destaca Mezger que

nos unimos a la tesis objetiva, aunque reconozcamos que las características del delito continuado no son susceptibles de ser fijadas de manera esquemática, sino que más bien la decisión última corresponde al razonable arbitrio, teniendo en cuenta la conexión material de las diversas acciones en el caso concreto¹⁸⁵.

Feuerbach, elaborador inicial de la construcción objetivista, hizo insertar sus líneas en el art. 100 *“in verbis”* del Código Penal para el Reino de Baviera, de autoría

¹⁸³ CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones de Derecho Penal**. El Delito. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. p. 259-260.

¹⁸⁴ Idem, ibidem.

¹⁸⁵ MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949. Tomo II, p. 358.

suya, promulgado por el Rey Maximiliano José, en Munich, en 1813, en los siguientes términos:

cometiéndose varias veces un delito contra el mismo objeto o contra la misma persona se computan las sucesivas acciones del delito a un mismo hecho, aunque para la cuantificación de la pena se considerarán como circunstancia agravante bajo las limitaciones del art. 95. Cuando un criminal haya cometido con una misma acción y al mismo tiempo varios crímenes, se aplicará sólo la pena de la infracción más grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 95, n. II.¹⁸⁶

Pero también está la teoría subjetiva-objetiva, que parece ser la más seguida, tanto por la doctrina nacional como por la extranjera, en la cual el delito continuado se presenta de una forma híbrida, estando compuesto de un elemento subjetivo, representado por la unidad de propósito criminal, con el sujeto teniendo la idea previa de todos los procedimientos que efectivará en el acto delictivo o, como prefieren los penalistas alemanes, imbuido de un dolo unitario o de conjunto, pero asociado también a una faz externa, en donde se encuentran los datos objetivos, los cuales deben necesariamente ostentar aspectos similares. Observando esa directriz, Wilhelm Sauer conceptúa el delito continuado en el sentido de *“una pluralidad de acciones naturales iguales, ligadas en una unidad de delito por la unidad de culpabilidad e injusto”*¹⁸⁷. En el Derecho Penal positivo brasileño, Aníbal Bruno entiende que el instituto se direccionó hacia el prisma objetivo, aceptando este autor no obstante consideraciones *de lege ferenda*, defendiendo la tesis de que el delito continuado *“é um só e o que lhe atribui o indiscutível caráter unitário é, junto ao vínculo material que prende a sua realização objetiva, a unidade do elemento psíquico. É essa unidade psicológica natural que serve de apôio à unidade jurídica”*¹⁸⁸.

Tiene razón el ilustre penalista brasileño, pues mediante una interpretación literal del art. 71 del Código Penal se constata nítidamente cómo fue adoptada una concepción esencialmente objetiva, no estando entre sus elementos ni siquiera uno

¹⁸⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Op. cit., p. 410.

¹⁸⁷ SAUER, Guilherme. Op. cit., p. 346.

¹⁸⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo II, p. 678-679.

de connotación subjetiva para consustanciar la continuidad delictiva. Sin embargo, en nuestro pensamiento, en caso de que el magistrado exija la presencia del “dolo unitario”, además de los requisitos de orden objetivo, para la concesión de ese beneficio dicho procedimiento estaría infringiendo el principio de legalidad, pues el referido elemento anímico no consta expresamente en la norma penal mencionada *supra*.

En opinión de Paulo José da Costa Júnior, la observancia de la unidad de propósito se justifica

mesmo porque, exemplificando o preceito normativo as condições objetivas das quais será deduzida a continuidade criminosa, enunciou aquelas “de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes”, podendo nestas estar abrangidas as condições de natureza subjetiva como a unidade de resolução.¹⁸⁹

No ratificamos las palabras del respetado penalista, pues esas otras condiciones semejantes deben ser analizadas de conformidad con los demás elementos que el legislador optó por insertar en la norma, es decir, aquellos elementos que ostentasen las mismas características de naturaleza meramente objetiva, descartándose cualquier tipo de connotación subjetiva. Si ya no bastasen los elementos objetivos extremadamente indeterminados, el añadido del requisito de naturaleza subjetiva daría lugar a que aumentasen más las arbitrariedades judiciales en la apreciación del instituto, disminuyendo las posibilidades de su aplicación en los casos concretos. Además de eso, semejante concepción conduciría, subraya Ernst von Beling, injustificadamente “*en los hechos culposos, a un tratamiento relativamente más estricto que en los dolosos, pues en ellos la posibilidad de una unidad de hecho quedaría absolutamente excluída*”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal...**, p. 366.

¹⁹⁰ BELING, Ernst. **Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito-Tipo**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 170.

Entendemos que cabe perfectamente la verificación de la continuidad delictiva a través de varias conductas culposas, por ejemplo, en las situaciones descritas por Vincenzo Manzini,

del automovilista que, corriendo de noche imprudentemente, embistiese sin darse cuenta de ello a una persona, y poco después, persistiendo en el mismo hecho contrario a la policía, atropellase a otra; o del cocinero de fonda que emplease en varias ocasiones un recipiente de cobre mal estañado, repitiendo el mismo hecho culposo, y ocasionase así el envenamiento de varios clientes.¹⁹¹

Pero para que todo eso ocurra es imprescindible la exclusión del coeficiente de naturaleza subjetiva de la composición del instituto, pues, en caso contrario, advierte Von Liszt, “*en esta cuestión se desconoce que el delito culposo permite también la comisión continuada*”¹⁹².

Por lo tanto, delante de la indeterminación de la ley debemos seguir una línea hermenéutica dirigida a proporcionar el máximo de beneficio al agente infractor, observando en la presente hipótesis solamente los requisitos objetivos para que se pueda manifestar la continuidad delictiva, facilitando así una cierta atenuación del nefasto Derecho Penal visto bajo la óptica puramente represiva, restringiendo, siempre que sea posible, el empleo del concurso material de delitos.

Para concluir, somos partidarios de una modificación estructural de la regla legislativa del delito continuado, de modo que se pueda superar de una vez por todas las varias dificultades de fijarse una definición precisa del instituto, lo que genera, como hemos visto, tantas divergencias doctrinales y jurisprudenciales. Siguiendo la orientación del fundamental principio de legalidad, se propone *de lege ferenda* la necesidad de mencionar en la norma penal requisitos objetivos más claros, perceptibles y determinados, pues sólo así se estarían asegurando más

¹⁹¹ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 1949. Tomo III. Primera Parte. Teorías Generales, v. III., p. 453.

¹⁹² VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1929. Tomo Tercero, p. 151.

garantías al ciudadano contra los albedríos del Estado en el campo punitivo, modelando un recomendable Derecho Penal de matiz más liberal.

De ese modo, no seguimos las enseñanzas de Manoel Pedro Pimentel, quien en su magnífica obra sobre el tema, destaca que,

na impossibilidade de serem fixados critérios seguros para conceituar-se exatamente os contornos da figura, deve a doutrina abrir mão das exigências formais rigorosas, preferindo fixar dogmáticamente a idéia, deixando ao legislador a tarefa de enunciar o postulado legal de maneira a conferir ao aplicador da lei um certo arbítrio.¹⁹³

Reconocemos que la tarea del legislador de establecer de forma minuciosa los contornos de la continuidad delictiva no es nada fácil, pero es mejor arriesgar una elaboración en ese sentido que dejar en el puro sentimentalismo del juzgador la concesión o no del beneficio.

2.8.5.4 Las Normas Penales en Blanco y el Principio de Taxatividad

Por fin, otra situación de inconstitucionalidad por incompatibilidad con el principio de la determinación y de la separación de poderes se da, según nuestra opinión, en el empleo amplio por el legislador de las normas penales en blanco (“*Blankettstrafgesetze*”), también conocidas como “normas ciegas” (“*blinde Strafandrohung*”) y “normas abiertas” (“*offene Strafgesetze*”). Según señala José María Stampa Braun, constituye una

categoría elaborada por Binding, hoy comúnmente aceptada, a propósito de ciertas situaciones dimanantes del régimen confederal del Imperio alemán, en las cuales la ley general (Código Penal del Reich) sólo disponía la sanción correspondiente a un precepto genérico (precepto en blanco), cuya determinación concreta corría a cargo de las legislaciones de los Estados

¹⁹³ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Do Crime Continuado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 111-112.

(Código penal de Baden, por ej.) o de las Ciudades (Landes –order Ortspolizeibehörde).¹⁹⁴

Son normas penales incriminatorias incompletas, una vez que determinan con precisión únicamente el precepto secundario, o sea, la *sanctio juris*, pero en el precepto primario, en el cual se describe la conducta ilícita, poseen sin embargo elementos de naturaleza vaga, imprecisa, necesitando de ese modo de otra norma, reglamento o portaria que venga a aclarar, de modo que permita la necesaria claridad para que puedan, mediante un proceso de aplicación típica mediata, ser empleadas en los casos concretos. Por lo tanto, en la concepción original de Karl Binding, la cual se encuentra en su obra “*Die Normen und ihre Übertretung*”, las normas penales en blanco se caracterizan, aclara Stampa Braun, por dos aspectos fundamentales:

1. En cuanto que solamente determinan, de manera concreta, la sanción que corresponde a un precepto (prohibición o mandato) no especificado en las mismas, y 2. En cuanto que encomiendan, de manera expresa o tácita, la elaboración concreta de este precepto a una autoridad distinta y de categoría inferior a la que las dictó.¹⁹⁵

Pero con el desarrollo de la teoría de las normas en la Ciencia del Derecho Penal, algunos penalistas posteriores a Binding ampliaron excesivamente el concepto de las normas penales en blanco, generando algunas repercusiones en algunos sectores de la teoría del delito, principalmente en lo que se refiere a las cuestiones relativas al error en el Derecho Penal.

Mezger, por ejemplo, estructuró las normas penales en blanco en tres categorías:

1. El complemento se halla contenido en la misma ley (...). 2. El complemento se halla contenido en otra ley, pero emanada de la misma

¹⁹⁴ STAMPA BRAUN, Jose Maria. **Introducción a la Ciencia del Derecho Penal**. Valladolid: Talleres Gráficos de Miñón, 1953. p. 30.

¹⁹⁵ STAMPA BRAUN, Jose Maria. Op. cit., p. 31.

instancia legislativa (...); 3. El complemento se halla contenido en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa; éstas son las leyes penales en blanco en sentido estricto.¹⁹⁶

Pero, fundamentalmente, es con relación a la tercera modalidad, sugerida por el renombrado penalista germano y que tuvo sus contornos iniciales a través de Karl Binding, que discrepamos. En primer lugar por el hecho de que, conforme ya señalamos, la fuente de producción del Derecho Penal, es decir, el órgano encargado de elaborar las normas penales, en obediencia a la armónica separación de poderes, es el Congreso Nacional, de acuerdo con lo que preceptúa la Carta Magna brasileña en sus arts. 22, I y 48, de modo que la configuración de un hecho punible no puede estar vinculada a un acto normativo procedente de otra instancia distinta a la del Parlamento Federal. De suerte que empezando por ese razonamiento, todas las normas penales en blanco cuyos complementos que pasan a integrar y dar vida a las mismas provienen de unos órganos a los que la Constitución Federal no atribuyó competencia para legislar en materia criminal, son inconstitucionales, ya afecta al principio de separación de poderes, base de un Estado Democrático de Derecho.

Es lo que sucede por ejemplo con la Ley de Tóxicos brasileña (Ley 6368, de 21 de octubre de 1976), la cual en su Capítulo III presenta la incriminación de varias conductas que tienen como objeto material sustancias estupefacientes o que determinen dependencia física y psíquica sin especificar de forma taxativa en sus enunciados – lo que, por cierto, sería inviable – el elenco de esas sustancias. De ese modo, la aclaración de la infracción penal se deja subordinada a las portarias redactadas por el Ministerio de la Salud, órgano vinculado al Poder Ejecutivo y competente para elaborar el elenco de sustancias estupefacientes o que causen dependencia física y psíquica. Es lo que determina el art. 36 de la Ley 6368/76, en el sentido de que

para os fins desta Lei serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim

¹⁹⁶ MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo II, p. 397.

forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde.

Debe sin embargo señalarse que cuando estábamos estructurando este capítulo del trabajo, el día 23 de agosto de 2006 fue publicada la nueva Ley de Tóxicos (Ley 11.343/06), la cual revoca la citada Ley 6368/76 y la Ley 10.409, que disciplina la parte procesal de estos delitos, teniendo determinado en su art. 74 un plazo de “*vacatio legis*” de cuarenta y cinco días para la entrada en vigor. Pero con relación a la materia aquí ya expuesta sobre la sistemática de las normas penales en blanco, la nueva legislación no ha traído alteraciones sustanciales, una vez que en su art. 1º, párrafo único, fijó la siguiente regla: “*para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União*”. Por su parte, el art. 66 añade el siguiente aspecto:

para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Esa es una hipótesis, entre otras existentes en la legislación brasileña, que se encuadra en la clasificación propuesta por Mezger de la norma penal en blanco en sentido estricto o propia con un nítido carácter inconstitucional.

En el Derecho Penal español, con igual preocupación por la necesaria determinación y precisión del hecho punible en el tipo penal como exigencia inherente al propio principio de legalidad, en su aspecto de la taxatividad, se encuentra Jaime Peris Riera, autor que realiza objeciones a la práctica diseminada del recurso a las normas penales en blanco, y de forma muy particular en el seguimiento correspondiente a los delitos contra el medio ambiente. Según este autor “*por lo general se legisla en la materia de forma muy distinta, haciendo*

*constantes remisiones a disposiciones de rango normativo inferior y, tal actitud, viola lo dispuesto en los preceptos constitucionales”.*¹⁹⁷

En el mismo sentido se posicionan Cobo del Rosal y Vives Antón argumentando que

por medio de las leyes penales en blanco se deja a menudo la regulación de la materia penal al Gobierno que puede, a su antojo, establecer las infracciones. Dicha técnica legislativa puede implicar una clara infracción del principio de legalidad, puesto que la reserva absoluta de Ley impide la remisión normativa, siendo en principio contraria a la Constitución. Esa posible inconstitucionalidad no ha impedido que en las sucesivas reformas se hayan deslizado también numerosas “leyes en blanco”, con habilitaciones difusas en favor de normas dimanantes del Ejecutivo; pero debe dar lugar a la depuración de tales preceptos.¹⁹⁸

Sin embargo, además de los fuertes argumentos dogmáticos ya suscitados, el Tribunal Constitucional español ha reconocido expresamente que el empleo de la técnica de las leyes penales en blanco está en armonía con las garantías originadas del principio de legalidad, según puede comprobarse, por ejemplo, en la lectura de la STC 127/1990 y STC 120/1998. Para ello, el Tribunal Constitucional exige que se cumplan algunos requisitos, consistentes, según señala M^a Inmaculada Ramos Tapia, en los siguientes aspectos:

a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; c) que sea satisfecha la exigencia de certeza, en el sentido de que exista la suficiente concreción para que la conducta calificada como delictiva quede suficientemente precisada con el complemento de la norma a la que la ley penal se remite.¹⁹⁹

De este modo, el Tribunal Constitucional español entiende que, una vez atendidas las condiciones indicadas, la reserva de ley que disciplina las

¹⁹⁷ PERIS RIERA, Jaime. **Delitos contra el Medio Ambiente**. Valencia: Universidad de Valencia, 1984. p. 46.

¹⁹⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 152.

¹⁹⁹ RAMOS TAPIA, M^a Inmaculada. Límites al poder punitivo del Estado. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). Op. cit., p. 247-248.

disposiciones penales no ahuyenta la posibilidad de que las mismas puedan hacer remisiones a los reglamentos administrativos, como forma de complementar a la norma penal en blanco, pero para ello tienen que estar subordinados y ser originados de alguna ley. Esa determinación se verifica, por ejemplo, en la ya mencionada STC120/1998.

Un segundo argumento que podemos sostener en contra las normas penales en blanco hace referencia a su propia esencia, es decir, a su indeterminación. Es cierto que, en algunos casos, el legislador, para atender las reclamaciones sociales, tiene que construir tipos penales con una cierta vaguedad, siendo esto un “mal necesario”. Pero no podemos aceptar que esa técnica sea irracional y abusiva, de modo a extender casi de un modo absoluto el contenido de los tipos penales hacia otros actos normativos, y más aún a los derivados de otras fuentes distintas a las del Congreso Nacional, lo que hará que sea más repudiada la validez de la norma ciega.

El penalista chileno Enrique Cury, en un importante estudio sobre el tema, destacando la evolución del empleo de las normas penales en blanco, subraya que

la complejidad de la vida contemporánea, especialmente en los países desarrollados o en vías de serlo, trae aparejada la aparición de regulaciones complicadas en muchos campos de actividad, tales como el de las relaciones económicas internas, el mercado de los cambios internacionales, el comercio exterior, el tráfico motorizado, las comunicaciones, la salud pública, las obligaciones tributarias, etc. Esta normativa es, además, cambiante, porque en muchos aspectos depende de coyunturas ocasionales que exigen adoptar decisiones temporales adecuadas a cada una de ellas. Al mismo tiempo, se reconoce una creciente importancia de los intereses sociales que resultan comprometidos por esas actividades y, consiguientemente, una gravedad cada vez mayor a la infracción de las regulaciones jurídicas respectivas. Como consecuencia de ello, en casi todas las legislaciones se instauran tipos penales destinados a castigar tales conductas cuando alcanzan niveles muy elevados de intolerabilidad ético-social. Para la consagración de estas figuras delictivas nuevas, las leyes penales en blanco – en especial las que Mezger denomina “propias” – constituyen una solución muy cómoda. En efecto, la remisión a instancias legislativas más ágiles, como los decretos supremos y otros actos reglamentarios de la administración, habilita para modificar fácilmente la prohibición o el mandato a cuya infracción se asocia la pena, de acuerdo con las vicisitudes que experimentan los acontecimientos a que se refieren. A eso contribuye, además, el que los órganos encargados de establecer tales regulaciones generalmente tienen un carácter técnico y, por eso, menos pluralista que los cuerpos legislativos formales, de manera que

adoptan sus decisiones con más celeridad que éstos, sin dejarse detener o embarazar por consideraciones o compromisos políticos.²⁰⁰

Consideramos que referidos argumentos no legitiman la existencia de las normas penales en blanco en sentido estricto o propias, de modo a admitir un Derecho Penal de naturaleza autoritaria y de contenido indeterminado. Además de eso, observa Andrei Zenkner Schmidt que, “*admitindo-se a justificação das leis penais em branco, com base na dinamicidade das relações sociais, estaremos avalizando a preguiça do legislador em adequar seus editos às mutações sociais*”²⁰¹.

La ceguera absoluta de la norma tendría reflejos extremadamente negativos sobre los miembros de la colectividad, los principales destinatarios del ordenamiento jurídico, haciendo que se creasen dificultades de comprensión del contenido punitivo, disminuyendo el poder persuasivo de las leyes, debilitando así el anhelado efecto inhibitorio. Como advierte el también chileno Luis Cousiño Mac Iver

el verdadero reparo que merecen está en la incertidumbre en que dejan a los habitantes sobre la licitud o ilicitud de sus actos, pues si bien están obligados a conocer la ley, en cambio no rige el mismo principio para las reglamentaciones administrativas.²⁰²

2.8.5.5 La Importancia del Respeto al Principio de Taxatividad como Mecanismo de Seguridad Jurídica. Reflejos en la Teoría del delito

Se observa en todos estos tipos penales que presentamos aquí una evidente falta de respeto al principio de taxatividad (“*nullum crimen sine lege scripta et stricta*”) concerniente con la técnica a ser empleada para hacer la legislación penal, pues de ninguna manera ha habido la necesaria descripción clara y precisa en la formulación de los contenidos de los respectivos enunciados, premisa que debe orientar un sistema jurídico garantizador, que respete la seguridad y la dignidad de los

²⁰⁰ CURY, Enrique. **La Ley Penal en Blanco**. Bogotá: Temis, 1988. p. 30-31.

²⁰¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p, 159.

ciudadanos y adecuado al proceso de secularización del Derecho Penal mínimo. Con base en estos ejemplos y en tantas otras situaciones que podríamos mencionar aquí, y que cada día más se agravan con las nuevas producciones legislativas, aceptamos sin restricciones las siguientes palabras de Andrei Zenkner Schmidt:

o “moderno” Direito Penal brasileiro está estabelecido num modelo penal de legalidade atenuada, onde a elasticidade e a indeterminação das figuras delitivas fazem com que o sistema de definição da desviação penalmente relevante fundamente-se numa epistemologia antigarantista, de sancionamento quia peccatum, e não quia prohibitum. No plano legislativo, isso importa reconhecer que o objeto do tratamento penal não seja tanto o delito formalmente previsto em lei, mas sim a desviação em si mesma imoral ou anti-social, e isso faz com que o papel da lei, como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados, acabe por desvalorizar-se.²⁰³

En estos términos resulta muy apropiada la observación realizada por Juarez Tavares de que “se se quer obter na configuração do injusto um mínimo de segurança jurídica a todas as pessoas num Estado democrático, será indispensável repensar-se a função da linguagem e de seus símbolos e sua atuação nessa configuração”²⁰⁴.

Reforzando la importancia del tema, aclaran Miguel Polaino Navarrete y Miguel Polaino-Orts, que

dos sistemas esenciales de la Sociedad – de toda Sociedad – son el *Derecho* y el *Lenguaje*, que como todos los subsistemas sociales no son compartimientos estancos, aislados entre sí, sino antes bien sistemas interrelacionados, interdependientes, interactivos. Ello explica que sin el lenguaje no sea posible el Derecho, esto es, que la palabra – hablada o escrita – sea una herramienta esencial del jurista, del hombre de leyes.²⁰⁵

²⁰² MAC IVER, Luis Cousiño. **Derecho Penal Chileno**. Santiago: Jurídica de Chile, 1975. Parte General. Tomo I. p. 85.

²⁰³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito...**, p. 248.

²⁰⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 104.

²⁰⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. **Cometer Delitos con Palabras: Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal**. Madrid: Dykinson, 2004. p.11.

Es verdad que el legislador, una vez teniendo seleccionado los bienes jurídicos que serán tutelados por el Derecho Penal, y habiendo elegido las conductas que una vez alcanzando estos valores serán merecedoras de sanción penal, a la luz de su carácter fragmentario y de *ultima ratio*, en el momento de la elaboración de las definiciones legales de todas esas operaciones, no tiene por qué huir de adoptar un cierto grado tolerable de indeterminación. De ese modo, el legislador inserta en los preceptos normativos conceptos de naturaleza valorativa y cláusulas generales, que, de cierta forma, incluso facilitan la actividad de los operadores de Derecho en la búsqueda de una mejor adaptación de la norma incriminatoria a las variadas facetas de los comportamientos humanos.

Como señaló muy bien Herbert Hart, en su obra "*The Concept of Law*",

se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência "mecânica". Simplesmente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer.²⁰⁶

Por lo tanto, lo que condenamos son los extremismos, pues concebimos que la infracción al principio de determinación ocurre efectivamente cuando el legislador abusa del uso de las referidas cláusulas normativas y abiertas, que no permiten una descripción precisa de las acciones prohibidas y de sus respectivas sanciones, autorizando una amplia libertad hermenéutica del juzgador. Esto da lugar a que, como señala Karl Larenz, "*muitas vezes a previsão de uma proposição jurídica é formulada na lei em termos tão amplos que cobre também aquelas situações de facto para as quais não deve vigorar a consequência jurídica coordenada com ela*"²⁰⁷. Sobre ese pensamiento, Pietro Nuvolone concluye que

²⁰⁶ HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 141.

²⁰⁷ LARENZ, Karl. Op. cit., p. 236.

a verdadeira garantia é sempre configurada, portanto, pelo princípio da legalidade e pela subordinação do juiz à lei: a margem de discricionariedade livre deve ser de tal teor, que possa assegurar a obtenção dos objetivos da lei penal, sem deixar o cidadão completamente entregue ao juiz soberano.²⁰⁸

En la eventualidad de que el legislador traspase los límites aceptables del grado de indeterminación, frente a circunstancias en que aquél tenía plena capacidad de seguir fielmente lo que Francesco Palazzo denomina “*princípio de taxatividade-determinação do tipo penal*”²⁰⁹, no habrá otra alternativa que declarar la inconstitucionalidad de la norma penal, haciéndola inválida. No puede olvidarse que el amplio e ilimitado reenvío de la aclaración de contenido de la norma penal al Poder Judicial afecta igualmente al principio de división de poderes, característica fundamental del Estado de Derecho, de modo que, como enfatiza Rodríguez Mourullo, “*se desplaza a los poderes judicial o ejecutivo, la tarea de señalar los confines de lo punible que incumbe específicamente al legislativo*”²¹⁰.

De este modo, delante de la imposibilidad de construir tipos penales compuestos únicamente de elementos objetivos-descriptivos, perceptibles por la simple observación sensorial, lo que ciertamente atenuaría los odiosos *arbitrium iudicis* y las decisiones basadas esencialmente en el sentimentalismo del juzgador, se recomienda a los representantes del pueblo prudencia y observancia de un rigor técnico racional en el proceso legislativo-penal, adoptando una política-criminal de matiz garantizador.

Pero para que se llegue al ideal de seguridad jurídica en el campo del Derecho Penal, consolidándose una estructura garantizadora que venga a respetar la dignidad humana, no es suficiente una obediencia estricta al principio de legalidad y sus corolarios, como el referente a la técnica legislativa de las normas penales, debiéndose poner atención también en la formación de la teoría general del delito.

²⁰⁸ NUVOLONE, Pietro. **O Sistema do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. v. I, p. 53.

²⁰⁹ PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989. p. 49.

²¹⁰ MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. **Derecho Penal...**, p. 60.

La misma está encargada de estudiar las características comunes a todos los hechos punibles y que, en algunos países, se ve amenazada en sus postulados básicos con la elaboración de normas, las cuales, a veces, afectan incluso a algunas garantías constitucionales-penales, pero que de ninguna manera pueden intimidar a los juristas, quienes deben actuar siempre con espíritu crítico, cuestionando la validez formal y sustancial de los preceptos penales. Según Claus Roxin

la renuncia a una teoría del delito, tanto generalizadora como diferenciadora, en favor de cualquier “valoración” individual haría retroceder a nuestra ciencia varios siglos, a aquella situación de “acaso” y “arbitrariedad” de la que desde los tiempos de Liszt se abjura con razón por todos los apologetas del sistema.²¹¹

Sobre la importancia de la dogmática jurídico-penal, especialmente la teoría general del delito, aclara con propiedad Alberto Rufino Rosa Rodrigues de Sousa, que

essa disciplina dos dogmas, essa sistemática conceitual, essa ciência construtiva, propicia, na aplicação diária da lei, no trabalho cotidiano da Justiça, racionalidade e coerência nos julgamentos; previsibilidade quanto às decisões; possibilidade de entendimento recíproco entre os protagonistas do processo, pela utilização de linguagem e categorias de pensamento comuns, tudo culminando em certeza, segurança e contenção, em limites aceitáveis, do discricionarismo do julgador.²¹²

No obstante cabe señalar la importante advertencia hecha por Lorenzo Morillas Cueva, en el sentido de que “la tarea del científico del Derecho penal no puede quedar reducida al conocimiento del Derecho tal y como es sino que debe, como ya hemos repetido reiteradamente, valorarlo y criticarlo”.²¹³ Basándose en ese paradigma se procederá en todos los puntos de esta tesis doctoral a intentar mostrar no solamente las antinomias técnicas presentes en el ordenamiento jurídico penal

²¹¹ ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1972. p. 24.

²¹² SOUSA, Alberto Rufino Rosa Rodrigues de. *Perspectivas do Moderno Direito Penal*. **Parquet**, Porto Alegre, Fundação Escola Superior do Ministério Público, p. 131, 1993.

²¹³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Metodología y Ciencia Penal**. Granada: Universidad de Granada, 1990. p. 306.

brasileño frente a los tradicionales postulados garantistas del sistema punitivo, sino también a aportar nuevas directrices normativas y de política criminal.

2.8.5.6 Las Sanciones Penales y el Principio de Taxatividad

Recuerdan de forma incisiva Maurach y Zipf que “*la exigencia de determinación rige también para el aspecto de las consecuencias jurídicas de los tipos penales*”²¹⁴, debiendo establecer el legislador en el proceso de elaboración de las normas conminatorias de sanciones penales unos límites mínimo y máximo para cada infracción penal. Para ello debe realizar una distribución racional y clara, teniendo como parámetros los principios de proporcionalidad y de individualización de la pena, de modo que también habría infracción al principio de legalidad en el supuesto de que los preceptos secundarios de las normas incriminatorias se exteriorizasen de forma indeterminada y vaga, no mencionando con precisión la especie, la cantidad de pena procedente y los criterios de su aplicación, transformándose así el juzgador en un real legislador, lo que ciertamente afectaría también el principio de división de poderes.

En este sentido, el principio de legalidad de las penas representa la orientación firme, aclara el profesor José-Ramón Casabó Ruiz, “*de que el juez no puede inventar penas, ni imponer otra que la que expresamente señale la ley para el delito*”²¹⁵. Además, únicamente a través de la descripción clara en la legislación de las consecuencias penales conminadas a cada delito, con marcos delimitados y precisos, se manifestará la eficacia de la prevención general, conforme al modelo propuesto por Feuerbach, pues solamente por esa vía se consigue demostrar de forma objetiva a los ciudadanos lo desagradable y perjudicial que es no respetar las normas penales.

²¹⁴ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 159.

²¹⁵ CASABÓ RUIZ, José-Ramón; CÓRDOBA RODA, Juan; MOURULLO, Gonzalo Rodríguez; MARZAL, Alejandro del Toro. Op. cit., p. 31.

Sobre el tema, Claus Roxin, a partir de sus consideraciones doctrinales acerca de la determinación de la pena según la medida de culpabilidad del autor, desarrolló en un importante escrito titulado “*Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*” (In: “*Lebendiges Strafrecht, Festgabe für Schultz*”), publicado en 1977, la denominada “teoría del espacio de juego”, donde establece la importancia del legislador de definir las sanciones penales de forma precisa, no sólo en cuanto a la especie, sino sobre todo en relación al lapso temporal. El profesor Diego-Manuel Luzón Peña, explicando la teoría propuesta por el respetado criminalista germano, aclara que

para Roxin, a efectos de medición de la pena sobre la base de la culpabilidad, es decir, partiendo de la prevención general compensadora o integradora, la teoría correcta es la “teoría del espacio del juego” (“*Spielraumtheorie*”), según la cual dentro del marco penal hay un espacio de juego, dentro de cuyos límites superior e inferior cualquier cuantía de pena que se imponga es adecuada a la culpabilidad del hecho, y no hay una concreta cuantía que fuera la única que correspondería exactamente a la culpabilidad, como pretende la teoría de la “pena marcada por un punto exacto” (Theorie der “*Punktstrafe*”); y para concretar la pena dentro de ese espacio de juego abierto por la culpabilidad hay que acudir a puntos de vista preventivos.²¹⁶

Por lo tanto, la falta de respeto a los principios de la “*nulla poena sine lege*” y la división de poderes se manifiesta no sólo cuando se describe la sanción penal en la forma indeterminada, sino también cuando se establece la pena con marcos mínimo y máximo con extensiones dilatadas. Igualmente se manifiesta cuando la ley no especifica los criterios que el aplicador debe observar en el proceso de individualización, haciendo que en su dosimetría haya un ilimitado albedrío judicial, contrario a las tendencias garantistas.

En el sistema penal brasileño, algunas discrepancias de esa orden se dieron por ejemplo cuando con la edición de la Ley 9714/98 se verificó que alterando algunas disposiciones del Código Penal, se hizo surgir una nueva pena restrictiva de

²¹⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Antinomias Penales y Medición de la Pena. **Doctrina Penal** – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, año 2, n. 5-8, 1979.

derechos, de naturaleza reparadora, denominada prestación pecuniaria. Conforme dispone el art. 45, párrafo primero, del CP,

a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou a entidade publica ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Se observa a primera vista como el legislador fijó hasta los valores mínimo y máximo que el condenado deberá pagar, pero incurrió en grave error por no establecer de forma precisa y directa cómo el juez debe proceder en el proceso de individualización de la referida pena, quedando así enteramente libre para adoptar el criterio que le parezca mejor.

Pero la situación se agrava cuando se trata de la pena bautizada con el nombre de “prestación alternativa inenunciable”, disciplinada en el art. 45, párrafo segundo, del Código Penal, y que consiste en la posibilidad del juez de aplicar, en lugar de la prestación pecuniaria, una “*prestação de outra natureza*”, en el caso de haber aceptación previa del beneficiario. Referida innovación, informa Damásio de Jesus, trajo también una gran

polêmica, uma vez que, ao permitir ao juiz a imposição de resposta criminal alternativa não especificamente cominada na lei, prevê uma “pena inominada”, contrariando o princípio da legalidade ou da reserva legal (CF, art. 5, XXXIX; CP, art. 1: não há pena sem lei que a comine).²¹⁷

Al admitir la aplicación de la de “prestación de otra naturaleza”, el legislador cometió la inaceptable equivocación de conminar sanción de orden penal de contenido vago, impreciso e incierto, de modo que, en este punto, estamos de acuerdo con las enseñanzas de Cezar Roberto Bitencourt, cuando dice que, en el presente supuesto, se trata de “*uma pena inominada e pena inominada é pena*

²¹⁷ JESUS, Damásio E. de. **Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 146.

*indeterminada, que viola o princípio da reserva legal (art. 5, XXXIX, da CF e art. 1 do CP). Este princípio exige que preceito e sanção sejam claros, precisos, certos e determinados*²¹⁸. Demostrando la misma preocupación observa Guilherme de Souza Nucci que *“ao estabelecer que é possível substituir a pena de prestação pecuniária por “prestação de outra natureza”, deu origem a uma pena indeterminada, o que pode tornar-se ilegal, uma vez que abusiva e inadequada*²¹⁹.

Puede observarse, por lo tanto, que en la mencionada situación el legislador está expresamente autorizando al juez a “inventar” una pena, pues, ¿qué significa exactamente “prestación de otra naturaleza”?

No puede negarse que la idea de observar el principio de taxatividad de las sanciones penales es contraria a los postulados de aquéllos que defienden como finalidad primordial de la pena la prevención especial, en los moldes de la Escuela Positiva y del Correccionalismo, una vez que, conforme a esas concepciones, si la pena se justifica por el objetivo de la readaptación social del delincuente, no tendría el legislador la capacidad de fijar previamente la clase y la cantidad de pena necesarias para que se efective la real corrección del infractor. El grado de la pena quedaría condicionado al desdoblamiento del proceso de adaptación experimentado por el delincuente, debiendo persistir mientras no sea constatada la cesación del estado de anormalidad social del sujeto.

En estos términos, Raffaele Garofalo, exponente de la Escuela Positiva, no aceptaba en su obra clásica “Criminología” el empleo del principio de legalidad en relación a las penas, pues éstas no deberían ser proporcionales a la gravedad de los hechos, sosteniendo el mencionado autor que

não se procura uma quantidade determinada de mal a inflingir ao auctor de um delicto, mas sim um processo inhibitorio apropriado à especialidade da sua natureza. Perguntar-nos-hão com estranheza: Não quereis então distinguir sob o ponto de vista penal o que roubou mil liras do que roubou vinte centimos? A minha resposta é simples: Não sei, porque a questão não pode resolver-se de um modo geral. O que importa é determinar qual dos

²¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 125.

²¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 379.

dois ladrões é mais perigoso; podendo succeder que seja o primeiro, pode também acontecer, ao contrario, que seja o segundo. O fim que visamos não é o de estabelecer a quantidade de dôr dada como correspondente ao valôr da coisa roubado, mas, aqui, como sempre, estabelecer o meio repressivo apropriado ou, o que vale o mesmo, o obstaculo que remova o perigo.²²⁰

Concluye el respetado penalista italiano que “o meio penal deve ser determinado pela possibilidade de adaptação do réu, isto é, pelo exame das condições de existencia em que pode presumir-se que elle cesse de ser temivel. Não se trata, pois, de um criterio de proporção, mas de um criterio de idoneidade”²²¹.

En las concepciones de la Escuela Positiva y del Correccionalismo, en lugar del paradigma tradicional de fijar con precisión los marcos mínimo y máximo de la sanción penal se utiliza la idea de condena indeterminada, sea de forma absoluta, en el sentido de no establecer límite alguno, quedando la duración de la pena condicionada a la efectiva resocialización del delincuente, cabiendo al juzgador sólo declarar la responsabilidad penal del agente; sea de forma relativamente indeterminada, lo que posibilita la fijación de límites máximos muy amplios, funcionando como un simple parámetro. Referidas propuestas tuvieron cierta aceptación a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, pero terminaron olvidadas por el Derecho Penal, debido a la amarga experiencia de inseguridad jurídica verificada en algunos países que vivieron regímenes totalitarios, dando lugar a que se volviese al apogeo del principio de la taxatividad en cuanto a las penas como instrumento garantizador de la libertad individual.

Pero cuando todos pensaban que la idea de la condena indeterminada estaba muerta surge la línea doctrinal de la Nueva Defensa Social, teniendo como principales partidarios a Adolphe Prins, Filippo Gramatica y Marc Ancel, proponiendo una nueva sistemática para combatir la criminalidad, debiéndose así olvidar la concepción tradicional del Derecho Penal, sustituyéndolo por un Derecho de defensa social con la finalidad de proporcionar la adaptación del delincuente al orden social, retomando los postulados de la pena con contenido terapéutico, es decir, con fines

²²⁰ GAROFALO, Rafael. **Criminologia**. Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira; C. (Filhos), 1925. p. 372.

²²¹ GAROFALO, Rafael. Op. cit., p. 373.

eminentemente de prevención especial. Sostiene Marc Ancel, en su inolvidable obra “*La Défense Sociale Nouvelle*” que

no nos encontramos ya en la época en que Beccaria, dentro de la pureza del sistema legalista, reclamaba además de la fijeza de la pena, la interdicción de todo uso del poder de indultar. Todos saben que si al fin de los trámites judiciales la sentencia es incierta, la ejecución de la sentencia no lo es menos. Todos saben también, cada vez más que la ejecución de esta sentencia transforma la realidad de la pena judicialmente pronunciada y que la individualización penitenciaria ha realizado tales progresos que ha adquirido en la actualidad un margen de discreción que sobrepasa ampliamente los poderes de individualización del juez. No nos encontramos más, por lo tanto, en el régimen de la imposición definitiva de la pena clásica; y sigue siendo una ficción, a menos que sea una ilusión, por no decir una hipocresía, considerar simplemente, en forma abstracta, la pena legal o incluso la pena legalmente pronunciada, sin preocuparse de la medida en que será efectivamente aplicada.²²²

Por último, hay que registrar el surgimiento de la Ley Complementaria N° 95, de 26/02/1998, publicada en el Diario Oficial de la Unión en el día 27/02/1998, la cual, reglamentando la determinación del art. 59, párrafo único, de la Constitución Federal de 1988, contiene disposiciones legales sobre la elaboración, la redacción, la alteración y la consolidación de las leyes. Específicamente con relación al tema objeto de este análisis, es decir, la garantía de técnica legislativa, enuncia el art. 11 las siguientes directrices:

As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: I- para a obtenção de clareza: a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando; b) usar frases curtas e concisas; c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico; II- para a obtenção de precisão: a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o

²²² ANCEL, Marc. **La Nueva Defensa Social**. Un movimiento de política criminal humanista. La Ley. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1961. p. 166.

emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões “anterior”, “seguinte” ou equivalentes; III- para a obtenção de ordem lógica: a) reunir sob as categorias de agregação – subseção, seção, capítulo, título e livro – apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei; b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio; c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

Capítulo 3

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

3 PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

3.1 NOCIONES INTRODUCTORIAS

En Brasil, para que surja una norma penal se hace necesaria la observancia de un itinerario formalizado. Conforme hemos visto, la Constitución Federal de 1988 fijó en su art. 22, I la competencia exclusiva de la Unión para legislar sobre Derecho Penal, de modo que compete al Congreso Nacional la ejecución de esa tarea. Tras su aprobación por el Parlamento, la ley debe ser sancionada por el Presidente de la República para ser aprobada y confirmada. Sin embargo, el procedimiento no termina aquí, ya que después de la sanción surgen las etapas de la promulgación, lo que la convierte en auténtica y con capacidad de ser ejecutada, y, por último, la publicación, procedimiento imprescindible para que las personas tengan conocimiento de las nuevas materias legales. Sobre la efectiva vigencia, el art. 1º de la Ley de Introducción al Código Civil preceptúa que “*salvo disposição em contrária, a lei começa a vigorar em todo o País quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada*”, previendo así la posibilidad de un lapso temporal entre la publicación y su efectiva obligatoriedad, período conocido como *vacatio legis*. Cabe destacar que nada impide que el legislador establezca la entrada en vigor de la ley en la fecha de su publicación o que fije un período de vacancia superior a cuarenta y cinco días. Una vez que la ley entra en vigor, la misma sólo dejará de existir por la revocación, la cual, como se sabe, puede manifestarse de forma absoluta (abrogación) o parcial (derogación), también conocida como expresa o tácita. En este sentido, el art. 2º, párrafo 1º de la Ley de Introducción al Código Civil dispone que “*a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*”.

Debe destacarse sobre el tema la presencia de la característica de “irrefragabilidad” según la cual, enseña Galdino Siqueira, “*a lei penal não pode ser*

invalidada, modificada ou abrogada senão mediante uma outra lei".²²³ Con ello se aleja la posibilidad de que la costumbre funcione como forma revocatoria de normas penales. De este modo, advierte Francisco de Assis Toledo "*que a simples omissão da autoridade em reprimir determinados crimes ou contravenções não basta para revogar por desuetudo a norma incriminadora penal*".²²⁴

Reconocemos que la costumbre, por sí sola, no tiene fuerza para revocar una norma penal, pudiendo sin embargo constreñir al legislador para que proceda a la elaboración de normas que vengán a eliminar otras de carácter anacrónico. Sin embargo, sostenemos que, en determinadas situaciones, la costumbre puede impedir la incidencia de una norma en un caso concreto, evitando la tipicidad, en el supuesto de escasa lesividad y que llegan incluso a ser toleradas por la sociedad. Por ejemplo, el art. 233 de Código Penal establece que "*praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público*" constituye delito sujeto a una pena de detención de seis meses a dos años o multa. Es evidente que si una mujer desfilase desnuda por los pasillos de la Universidad donde estudia estaría cometiendo el delito de acto obsceno, aun en el supuesto de poseer un cuerpo bello. Pero si la misma joven practicase el mismo comportamiento desfilando en una Escuela de Samba en el carnaval en Rio de Janeiro, hecho que ciertamente afectaría a una cantidad de público más elevada, pues sería filmada por varias cadenas de televisión que transmiten esa tradicional fiesta popular brasileña, ciertamente tal hecho sería entendido como atípico, calificado como manifestación de la categoría del "desnudo artístico". En la presente situación entraría en juego la costumbre, no dando lugar a la revocación del art. 233 del Código Penal, ya incluso considerando que dicha disposición disciplina otros supuestos fácticos, si bien se impide el encuadramiento de esa norma en el caso suscitado.

Es por esto, conforme subraya Damásio de Jesus, que

²²³ SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. Parte Geral. Tomo I. p. 153.

²²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal...**, p. 25.

desde que a lei entra em vigor, até que cesse a sua vigência, rege todos os fatos abrangidos pela sua destinação. Entre estes dois limites, entrada em vigor e cessação de sua vigência, pela revogação, situa-se a sua eficácia. Assim, não alcança os fatos ocorridos antes ou depois dos limites extremos: não retroage nem tem ultra-atividade. É o princípio *tempus regit actum*.²²⁵

Pero puede ocurrir que no siempre un hecho esté disciplinado por la ley que estaba en vigor en el momento en que fue cometido, es decir, existen hipótesis de excepción al principio del “*tempus regit actum*”. Es perfectamente posible que un comportamiento sea ejecutado durante la vigencia de una ley y la consumación ocurra bajo los efectos de otra o que en el transcurrir del proceso o en la fase de ejecución de la pena surja una “*novatio legis*” tratando de la misma materia, pero de forma diferenciada. En tales situaciones estaremos frente a conflictos de leyes penales en el tiempo, dándose la necesidad de investigación de los principios que vengan a dirimirlos. Para ello se dispone del principio de irretroactividad de la ley penal como corolario del “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, el cual, según informa Maggiore, “*brilla desde los tiempos antiguos, como estrella polar, en los caminos del derecho*”.²²⁶ Con todo, referido principio no es absoluto, pues solamente es aplicable en relación a las normas penales más severas (“*lex gravior*”), debiéndose permitir la retroactividad de las leyes más benignas (“*lex mitior*”) o, en el lenguaje de los penalistas franceses, “*la loi plus douce*”.

La Constitución Federal brasileña disciplina la temática en su art. 5º, XL, al enunciar que “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”. Ya el Código Penal lo establece en el art. 2º, *caput* y su párrafo único, en los siguientes términos:

ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

²²⁵ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997. Parte Geral. v. 1, p. 70.

²²⁶ MAGGIORE, Giuseppe. **El Derecho Penal**. El Delito. Bogotá: Temis, 1954. v. I. p. 194.

3.2 PRINCIPIOS QUE DISCIPLINAN LA MATERIA. LOS CONFLICTOS DE LEYES PENALES EN EL TIEMPO

A partir de los principios rectores de la irretroactividad de la ley más severa y el de la retroactividad de la ley más benigna podemos establecer el siguiente esquema: la ley penal más benigna ("*lex mitior*") está dotada de extra-actividad, o sea, tiene la capacidad de ser retroactiva y ultra-activa; a su vez, la ley penal más severa ("*lex gravior*") es no-extra-activa, es decir, es irretroactiva y no-ultra-activa. Mencionadas reglas son aplicables en las hipótesis de conflictos temporales de leyes penales que son la "*abolitio criminis*", la "*novatio legis incriminadora*", la "*novatio legis in pejus*" y la "*novatio legis in melius*".

3.2.1 "Abolitio Criminis"

En el caso de "*abolitio criminis*" surge una ley nueva aboliendo una infracción penal anteriormente existente, provocando así la descriminalización de un hecho, haciendo que el mismo esté permitido o que represente solamente un ilícito extrapenal. De este modo, los procesos en curso relativos a la infracción penal suprimida deben ser archivados y, en el caso de que alguien se encuentre cumpliendo pena como consecuencia de una condena por la comisión del hecho abolido, debe obligatoriamente cesar la ejecución, así como todos los efectos penales de la sentencia condenatoria, conforme dicta el art. 2º del Código Penal, en respeto al principio constitucional de la retroactividad de la "*lex mitior*", representando así una excepción al principio del "*tempus regit actum*". Por lo expuesto, la nueva ley discriminante, siendo retroactiva, aleja todas las consecuencias penales de la conducta antes clasificada como delito o falta, de modo que, recuerda Damásio de Jesus,

ocorrendo a abolitio criminis, a condenação é declarada inexistente e o nome do condenado é riscado do rol dos culpados: o comportamento, como conduta punível, deixa de figurar em sua vida prgressa. Se vier a praticar

outra infração, a conduta anterior, tornada inexistente, não o poderá prejudicar.²²⁷

Pero con ella no se eliminan los efectos de naturaleza civil de la condena, por ejemplo, la obligación de indemnizar el daño causado por el delito, como así se establece en el art. 91, I del Código Penal. Observa Paulo de Souza Queiroz que

convém notar que a expressão descriminalizar (=abolir o crime), como indica o étimo da palavra, significa retirar de certa conduta o caráter de criminosa, mas não o caráter de ilicitude, já que, como vimos, o direito penal não constitui o ilícito (caráter subsidiário); logo, não pode, pela mesma razão, desconstituí-lo. Por isso que, embora não subsistindo quaisquer dos efeitos penais (reincidência, por exemplo), persistem todas as consequências não penais (civil, administrativa) da condenação, como a obrigação civil de reparar o dano, que independe do direito penal.²²⁸

Hay que destacar que el hecho objeto de “*abolitio criminis*” no va a ser necesariamente lícito ante todos los sectores del Derecho, por lo tanto, podrá permanecer o ser clasificado como ilícito en el campo del Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Tributario o en otra rama jurídica. Corroborando ese aspecto, aclara Jaime Miguel Peris Riera que puede operarse una hipótesis de la llamada “despenalización”, particularmente frente a los casos de “delitos de bagatela”, que según él, representa un proceso

consistente en la conversión de determinadas infracciones penales en infracciones administrativas cuando se considera que el ataque al ordenamiento jurídico, que presuponen dichas infracciones, no tiene una relevancia tal como para justificar la adopción de una medida penal.²²⁹

Con ello, la denominada “descriminalización” estaría destinada a la designación de las situaciones en las que el delito no se transforma en infracción en otro campo del Derecho, pero sí que se convierta en un hecho lícito para el que no

²²⁷ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal...**, p. 78.

²²⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**. Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 75.

²²⁹ PERIS RIERA, Jaime Miguel. **El Proceso Despenalizador**. Valencia: Universidad de Valencia, 1983. p. 7.

está conminada cualquier sanción jurídica. Sin embargo, advierte Jaime Miguel Peris Riera que esa dicotomía “despenalización/descriminalización”, amparada por razones de carácter etimológico,

no supera la crítica que es posible hacerle indicando que, si bien la descriminalización puede significar la pérdida de la naturaleza criminal, no puede nunca significar la afirmación de que la nueva naturaleza que adquiere sea administrativa, ya que es posible que sea, por ejemplo, civil.²³⁰

Una situación configuradora de “*abolitio criminis*” advino con el surgimiento de la Ley 11.106, de 28 de marzo de 2005, cuyo art. 5º, entre otras alteraciones, terminó por despenalizar los ilícitos de seducción y de adulterio, anteriormente tipificados, respectivamente, en los arts. 217 y 240 del Código Penal.

3.2.2 “*Novatio Legis Incriminatoria*”

En la “*novatio legis incriminatoria*”, un hecho hasta entonces irrelevante para el Derecho Penal pasa a ser un delito o una falta con la entrada en vigor de la nueva ley, que será irretroactiva, teniendo en cuenta su contenido más severo. La razón de esa afirmación se encuentra en el propio enunciado del principio de legalidad, una vez que no hay delito sin ley anterior, por obvio que la “*novatio legis incriminatoria*” no podrá ser retroactiva para abarcar hechos cometidos antes de su efectiva vigencia. Ahora bien, en la medida en que la *lex* nueva adquiere el carácter de obligatoriedad, es decir, en el momento en que entra en vigor, será aplicable a todos los individuos que vengan a concretizar los elementos suyos. Por lo tanto, en el caso de que una persona lleve a cabo la conducta mientras transcurre el plazo de vacancia de la “*novatio legis incriminatoria*”, la misma no estará, evidentemente, cometiendo el delito, pues las reglas anteriores, las cuales no penalizan el comportamiento, siguen siendo aplicadas, y que sólo son revocadas en el instante en que los nuevos preceptos normativos adquieran vigencia.

²³⁰ PERIS RIERA, Jaime Miguel. **El Proceso Despenalizador...**, p. 29.

Una legislación “neocriminalizadora”, en la línea de la “*law and order*” recientemente elaborada en Brasil, fue la Ley n. 10.224, de 15 de mayo de 2001, estando vigente desde el día 16 de mayo de 2001, Ley que añadió el delito de asedio sexual en el art. 216-A del Código Penal, insertado en el capítulo que versa sobre los delitos contra la libertad sexual. Referido delito consiste en “*constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função*”, teniendo como pena la detención de uno a dos años, sin poseer, evidentemente, eficacia retroactiva. Norma de igual graduación, aunque de contenido más minucioso, se encuentra, por ejemplo, en el art. 184 del Código Penal Español, “*in verbis*”:

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. 2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaleciéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses. 3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.

Haciendo un análisis crítico, manifestamos nuestra concordancia con las observaciones suscitadas por el profesor Luiz Flávio Gomes en el sentido de que

melhor teria sido instituir no Brasil uma ‘lei específica sobre assédio sexual’ (de caráter mais geral), conferindo-lhe a importância que merece. Uma ‘solução’ puramente ‘penal’, da qual tem se valido o legislador pátrio sem nenhum comedimento, confere ao tema uma sensação de simbolismo crasso e reprovável. Na lei específica dever-se-ia prever a obrigatoriedade de criação de comissões dentro das empresas ou dentro dos sindicatos, com formação paritária, para ter conhecimento do caso em primeira mão. Se o assunto não fosse resolvido no âmbito dessas comissões, então, sim, utilizar-se-ia o Direito Penal (a sanção penal) como ultima ratio. Da forma com fez o legislador brasileiro, a intervenção punitiva apresenta-se como prima ratio. Nisso reside uma grave ofensa ao princípio da subsidiariedade, que também é aplicável (obviamente) à norma de sanção. Do mesmo modo

que existe a jurisprudência, também deveríamos exigir sempre uma legisprudência.²³¹

Como ya se sabe, la historia del Derecho Penal está caracterizada por constantes y sucesivos movimientos de “neocriminalización”. Recuerdan los penalistas portugueses Jorge de Figueiredo Dias y Manuel da Costa Andrade que

mesmo um período como o do racionalismo-iluminismo, tão celebrado pelo seu empenho descriminalizador, não deixou de conhecer o reflexo de um movimento de neocriminalização, alargando significativamente a área global do criminalmente relevante. Tal sucedeu, por exemplo, no domínio das infracções contra o património e em homenagem, segundo a interpretação de FOUCAULT, aos interesses das novas classes possidentes em vias de afirmação. Já o período seguinte - recorde-se ainda a título exemplificativo -, sob a influência cultural do romantismo e os ensinamentos da escola histórica do direito, se caracterizaria por voltar a elevar os valores religiosos, morais, etc., à categoria de bens jurídico-penais, reconvertendo as suas violações em autênticos crimes. Isto em manifesta reacção contra o direito penal do iluminismo que, sob a influência da doutrina de FEUERBACH, remetera tais infracções, quando muito, para o domínio do mero ilícito ‘de polícia’.²³²

Ese movimiento de hipertrofia del Derecho Penal, manifestado también en los sistemas jurídicos contemporáneos, en especial en Estados Unidos con la política-criminal de la *tolerancia cero*, se origina fundamentalmente de las reivindicaciones sociales en el sentido de intentar armonizar la sociedad con vistas a las radicales transformaciones tecnológicas, económico-sociales, políticas, ecológicas, genéticas, científicas y culturales verificadas en las últimas décadas. Esto hace que el legislador se sienta forzado a recurrir a los instrumentos más enérgicos de esa rama del Derecho y agrandar el elenco de los bienes jurídicos tutelados por él, proliferando, en consecuencia, el número de leyes penales extravagantes. El problema es que ese proceso, por regla general, ocurre sin un criterio racional, y de acuerdo con la cadena principiológica del Derecho Penal moderno, ocasionando así una tendencia a la vulgarización de ese importante sector del ordenamiento jurídico,

²³¹ GOMES, Luiz Flávio. Lei do Assédio Sexual (10.224/01): Primeiras Notas Interpretativas. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, Ano 1, n. 2, p. 12-13, 2001.

²³² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia**. O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 434-435.

por el hecho de ser utilizado de forma simbólica y promocional, como una ilusoria fórmula mágica para solucionar los males que atormentan a la sociedad, justificando de ese modo el fortalecimiento de las corrientes modernas que predicán la descriminalización de determinados hechos y una concepción del Derecho Penal de rasgos mínimos y de naturaleza fragmentaria y garantizadora.

En ese sentido, haciendo un análisis crítico del proceso de “*neocriminalización*” y de utilización simbólica de las normas punitivas en España, apunta Jesús Barquín Sanz que

cuando el Código Penal de 1995 es elaborado definitivamente, la sociedad pide mano dura para los delitos tradicionales y exige la protección penal de una serie de intereses y valores emergentes, fenómeno que se ve alentado por la complacencia de los poderes públicos que encuentran en el Derecho penal el instrumento idóneo, por barato y popular, para aparentar la gestión de los asuntos públicos. De este modo, una Política Criminal que casi no merece este nombre desplaza la verdadera política social en muchos ámbitos en los que ésta sería respuesta oportuna y deseable.²³³

Aclaran aún Figueiredo Dias y Costa Andrade, como propuesta conciliadora, que

o critério decisivo, de um ponto de vista político-criminal, para analisar a legitimidade de um processo de neocriminalização será o de saber, por um lado, se se trata de fenómenos sociais novos, ou em todo o caso anteriormente raros, que desencadeiam consequências insuportáveis e contra as quais só o direito penal é capaz de proporcionar proteção suficiente. Ainda aqui, assim, deparamos com os critérios da dignidade penal e da carência de tutela penal. Também aqui pois – e sobretudo perante fenómenos sociais ainda mal conhecidos na sua estrutura e nas suas consequências – se deverá evitar uma intervenção prematura da tutela penal, em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controlo social.²³⁴

²³³ BARQUÍN SANZ, Jesús. Política Criminal y Código Penal: Cinco Años Después. **Revista Jurídica La Ley**, Madrid, Año XXII, n. 5255, p. 15, 2001.

²³⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. cit., p. 441.

3.2.3 “Novatio Legis In Pejus”

En el supuesto del “*novatio legis in pejus*” surge una ley nueva estableciendo reglas más enérgicas al sujeto que las contenidas en la ley precedente, por ejemplo, imponiendo una *sanctio juris* más grave bajo el aspecto cualitativo o cuantitativo, fijando un proceso de cumplimiento de pena más riguroso, excluyendo circunstancias atenuantes o causas de disminución de pena anteriormente existentes, transformando un hecho que era falta en delito, etc., alteraciones que, evidentemente, no pueden ser aplicadas a los hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la “*novatio legis*”. Con todo, recuerda Maurach que

la prohibición de retroactividad rige exclusivamente para las normas que determinan las consecuencias juridicopenales de un hecho, esto es: para el derecho penal material. La prohibición de retroactividad no afecta a las normas que regulan el proceso – el propio proceso penal o la ejecución –. Para estos preceptos – sin perjuicio de las disposiciones transitorias promulgadas por el legislador – no rige el derecho vigente al tiempo de cometerse el hecho, sino el de la época del enjuiciamiento o de la ejecución.²³⁵

Así, por ejemplo, en Brasil, la Ley de Contravenciones Penales (Decreto-Ley N. 3688, de 3 de octubre de 1941) establece en su art. 19 que “*trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade*” constituye una falta sujeta a una pena de prisión simple de quince días a seis meses, o multa, o ambas cumulativamente. Dicha disposición fue derogada por el art. 10 de la Ley n. 9437, de 20 de febrero de 1997, que transformó en delito el porte y la posesión de arma de fuego, de modo que la contravención (o falta) del art. 19 del Decreto-Ley 3688/41 se aplica solamente para el caso de armas blancas (puñal, navaja, cuchillo, *sprays* de gas, etc.). Más recientemente fue editada la Ley 10.826, de 22 de diciembre de 2003, que revocó la Ley 9434/97, reforzando el carácter delictivo de las acciones de posesión irregular y portación ilegal de arma de fuego, incrementando sus contenidos punitivos y agravando las consecuencias penales, representando así una verdadera “*novatio legis in pejus*”, inaplicable a las situaciones anteriores. Dispone, por ejemplo, el art. 14 de la Ley 10.826/03 que “*portar, deter, adquirir,*

²³⁵ MAURACH, Reinhart. Op. cit., Tomo I, p. 141.

fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, manter, sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar” constituyen delitos con pena de reclusión de dos a cuatro años y multa. También cabe destacar que el párrafo único del referido precepto normativo estableció la regla de que *“o crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente”*.

Con motivo del cambio radical de política criminal en relación al mencionado tema, provocado por la entrada en vigor de la Ley 9437/97, Luiz Flávio Gomes y William Terra de Oliveira señalaron que la violencia, especialmente la proveniente del uso de arma de fuego, constituía en la época una de las más grandes preocupaciones de la sociedad, siendo Brasil uno de los líderes del *ranking* mundial del número de muertes por utilización de estos instrumentos. En la ocasión afirmaron estos autores que,

incontáveis são os fatores que vêm contribuindo para essa epidemia de violência (intensa e desordenada urbanização, êxodo rural, desigualdade social, desemprego, estrutura familiar fragilizada etc.). Dentre eles, irrefutavelmente, destaca-se a difusão incontrolada da arma clandestina. A tudo isso deve-se agregar, ademais, o fato de que a Administração Pública, de um modo geral, revela total inexperiência para enfrentar esse delicado problema. Com isso, dá ensejo ao surgimento de políticas criminais simbólicas, pouco efetivas, fulcradas no movimento da lei e da ordem (o que significa aumento de penas, novos tipos penais, endurecimento da execução, quebra de direitos e garantias fundamentais etc.), como se a lei fosse isoladamente a solução.²³⁶

Pues es precisamente esto lo que se resaltó en el tratamiento legislativo otorgado al tema del control de las armas de fuego verificado en la Ley 9437/97, y también en el proceso de elaboración de la actual Ley 10.826/03, en la que únicamente se transmite la idea de que el Poder Público está haciendo algo, está atento, preocupado por la cuestión, queriendo dar una respuesta a la sociedad,

²³⁶ GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de Armas de Fogo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 41-42.

disimulando, en realidad, una vez más, a través del Derecho Penal, su total incapacidad para solucionar los referidos problemas.

Otras hipótesis recientes de “*novatio legis in pejus*” fueron verificadas con las ediciones de la Ley 11.106/05, al establecer, por ejemplo, entre otras modificaciones, la revocación de las causas de extinción de la punibilidad por el matrimonio del sujeto infractor con la víctima (art. 107, VII, del Código Penal), también por el matrimonio de la parte ofendida con tercero (art. 107, VIII, del Código Penal), en los delitos de naturaleza sexual (delitos contra las costumbres); de la Ley 11.340/06 (publicada el día 07/08/06, con plazo de “*vacatio legis*” de cuarenta y cinco días, de acuerdo con su art. 46), que pasó a conminar con pena de prisión de hasta tres años los casos de violencia doméstica (art. 44) y, también, de la Ley 11.343/06, que elevó los márgenes penales para el delito de tráfico ilícito de estupefacientes (art. 33).

Específicamente sobre la Ley 11.340/06, en términos de aspectos normativos de contenido más grave, además de haber elevado la pena máxima del delito de lesión corporal con respecto a la violencia doméstica (art. 44), previsto en el art. 129, § 9º del Código Penal brasileño, pasando de uno a tres años de detención, creó además en el mismo art. 44, una mayorante que se incorporó en el § 10 del art. 129, si el delito es cometido contra una persona con deficiencia; en el art. 43 se fijó una nueva circunstancia agravante, añadida en el art. 61, II, “f”, del Código Penal brasileño, cuando la infracción penal fue cometida con violencia contra la mujer en la forma de la ley específica, y en el art. 17 vedó a los autores de infracciones penales de ese género la aplicación de penas de cesta de la compra u otras de prestación pecuniaria, también la sustitución de pena que implique el pago aislado de multa. El aspecto inusitado es que el legislador brasileño elevó la pena máxima del delito de violencia doméstica (art. 129, §9º, del Código Penal), conforme ya se destacó anteriormente, pero ablandó los límites mínimos de ese delito, yendo de seis a tres meses. Sobre ese tema, destacan Rogério Sanches Cunha y Ronaldo Batista Pinto haber sido

estranhíssima a opção do legislador ao reduzir a pena mínima prevista para o crime. Afinal, enquanto o espírito da lei se inclina, nitidamente, no sentido do *endurecimento* da situação do agressor, nesse aspecto ela acaba por se

revelar mais branda, sobretudo quando se reconhece a tendência dos juízes em, de modo geral, dosar a reprimenda em seu patamar mínimo.²³⁷

Con la elevación de la pena máxima a tres años de prisión, el legislador hizo alejar los institutos de la transacción civil y transacción penal, los cuales vamos a ver a continuación detalladamente, del ámbito de la incidencia en el delito de lesión corporal correspondiente a la violencia doméstica (art. 129, § 9º), saliendo, de ese modo, terminantemente, referida infracción penal, de la esfera de competencia del Juzgado Especial Criminal (Ley 9099/95), por no representar más una infracción penal de menor potencial ofensivo, pues para la misma la pena máxima conminada no podría rebasar la franja de dos años (art. 61, de la Ley 9099/95). Por la propuesta de la nueva ley deben crearse para la apreciación de los ilícitos penales hechos con violencia doméstica y familiar contra la mujer, los denominados Juzgados de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer (arts. 14, 33 y 34, de la Ley 11.340/06). Hay que añadir aún sobre ese tema el contenido del art. 41 de la Ley 11.340/06, el cual enunció expresamente que a los delitos cometidos con violencia doméstica y familiar contra la mujer, independientemente de la pena prevista, no se aplica la Ley número 9.099, del 26 de septiembre de 1995, norma que vamos a ver más adelante en nuestro análisis crítico, por ser instauradora de un tratamiento penal y procesal diferenciado entre hombres y mujeres, violadora por lo tanto del principio constitucional de igualdad.

En lo que respecta al Derecho Penal español, subraya Miguel Olmedo Cardenete que

se suele relacionar con bastante frecuencia el problema jurídico de la violencia doméstica con la figura del maltrato y, concretamente, con la visión más extendida de éste que lo concibe como una conducta violenta no constitutiva de lesión. Sin embargo, la experiencia diaria demuestra que son muchas más las infracciones penales relacionadas con este fenómeno y que, además, uno de los casos que probablemente resultan de mayor interés criminológico y jurídico son aquellos en los que el ejercicio de la violencia se practica por el autor sobre su víctima de un modo sistemático o

²³⁷ SANCHES CUNHA, Rogério; BATISTA PINTO, Ronaldo. **Violência Doméstica (Lei Maria da Penha)**: Lei 11.340/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 140.

habitual y donde, claro está, el agresor no se limita sólo a ejecutar – ni mucho menos – comportamientos violentos de carácter leve.²³⁸

Sostiene Olmedo Cardenete que éstas son precisamente las acciones que el legislador español criminalizó por mediación del art. 153, con la siguiente redacción, anterior a la reforma de la LO 14/1999:

el que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno o de otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

Al hacer un análisis comparativo con la antigua sistemática normativa sobre el tema, aduce Lorenzo Morillas Cueva que el Código Penal español de 1995 mantiene el artículo 153 en la misma topografía, es decir, en el Título representativo de la disciplina de las lesiones y con semejante tipología de redacción verificada en la legislación anterior, reflejada en el art. 425. Sobre las modificaciones legislativas ocurridas acerca de la materia, aclara Morillas Cueva que

se trata de lo que se ha venido en llamar un mero retoque sustantivo, sostenido sobre el concepto de habitualidad, del anterior precepto, aunque con algunas modificaciones dignas de ser citadas y que le dan una perspectiva algo más concreta y autónoma. Son: a) se amplía el círculo de sujetos pasivos al incluirse las violencias ejercidas sobre los hijos propios – anteriormente sólo estaba referido a los hijos sujetos a la patria potestad –, se añaden asimismo los hijos del cónyuge o conviviente y los ascendientes; b) se requiere la exigencia de convivencia aunque referida únicamente a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallen sometidos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho del sujeto activo o de su pareja; c) se incrementa considerablemente la pena, que pasa de un mes y un día a seis meses de privación de libertad – arresto mayor – a la de prisión de seis

²³⁸ OLMEDO CARDENETE, Miguel. La violencia en el entorno doméstico: Un análisis de Derecho comparado en Europa. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Estudios Penales Sobre Violencia Doméstica**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002. p. 610.

meses a tres años; d) se hace mención expresa a las hipótesis concursales con el resultado que en cada caso se causare.²³⁹

Cabe señalar sucintamente que el referido art. 153 sufrió nuevas modificaciones, en primer lugar con la reforma introducida por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que cambió el texto original del Código Penal español de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos, así como la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Más adelante, las mencionadas manifestaciones delictivas también fueron objeto de reglamentación y alteración normativa, promovidas por la Ley Orgánica 27/2003 y la Ley Orgánica 1/2004. Con las mencionadas reformas, además de otros cambios producidos, se suministró una nueva redacción al art. 153 del Código Penal, y fueron incrementados los mecanismos de represión de esas conductas caracterizadoras de la violencia doméstica, incorporándose al ordenamiento jurídico español, como posible represión de tales acciones, la pena de *“privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos”*. Aclara Miguel Olmedo Cardenete que las penas de “prohibición de aproximación” y “prohibición de comunicarse”, *“persiguiendo una mejor protección de la víctima pretenden con buena lógica erradicar el peligro futuro de nuevas agresiones, así como la práctica de todo tipo de amenazas o coacciones que suelen acompañar a este tipo de conductas violentas”*.²⁴⁰ Hay que poner de relieve que con la Ley Orgánica 1/2004, el mencionado art. 153 se quedó con la siguiente y actual redacción:

1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpearle o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión

²³⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma. En: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Estudios Penales Sobre Violencia Doméstica...**, p. 660.

²⁴⁰ OLMEDO CARDENETE, Miguel. **El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial**. Barcelona: Atelier, 2001. p. 21.

de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

Se constata, frente a lo expuesto, que, así como no se verificó en el Derecho Penal brasileño, la introducción de ese nuevo marco normativo en el Derecho Penal español, el cual incrimina manifestaciones de violencia doméstica, representó hipótesis de “*novatio legis in pejus*”, por lo tanto, de carácter irretroactivo. Y por último, haciendo referencia a la disciplina jurídico-penal de la violencia doméstica en el ámbito del Derecho Penal español, Jesús Barquín Sanz llama la atención sobre la posible incidencia del delito de “grave menoscabo de la integridad moral”, definido en el art. 173 del Código Penal de 1995 (redacción según Ley Orgánica 11/2003), disposición legal

que merece especial atención, por su relativa novedad, por venir acompañado de una peculiar cláusula concursal (artículo 177 CP) que excepciona el régimen general en esta materia y por su cercanía normativa con el tipo del artículo 153 CP (sobre todo, después de la expresa introducción de la violencia psíquica en éste merced a la LO 14/1999, de 9 de junio).²⁴¹

Todas esas sucesivas reformas legislativas emprendidas en los últimos años en el sistema punitivo español sobre la violencia doméstica, en particular la dirigida a las mujeres, suscitó manifestaciones de repudio y preocupación por parte de algún sector doctrinal, por entender que en el presente caso se estaba produciendo una manifestación clara de una política criminal amparada en el llamado “Derecho Penal

²⁴¹ BARQUÍN SANZ, Jesús. Violencia doméstica y trato degradante: problemas concursales. En: MORILHAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Estudios Penales Sobre Violencia Doméstica...**, p. 376.

del enemigo”, ocasionando un progresivo debilitamiento del modelo considerado ideal, es decir, el llamado “Derecho Penal del ciudadano”, el cual respeta las tradicionales garantías sustantivas y procesales. Eso ocurre por el hecho de que toda la secuencia de reformas legislativas implementadas, al que el tema de la violencia doméstica fue sometido en los últimos años en España, dio lugar a la formación de un sistema penal caracterizado por el adelantamiento de la incidencia de la punición; creación de nuevas figuras delictivas, que ayer estaban clasificadas como meras faltas; considerable ampliación de preceptos normativos ya existentes; incremento e idealización de tipos sancionatorios y, además de ello, formación de los “Juzgados de Violencia sobre la Mujer”. Con un pensamiento más moderado, aduce Lorenzo Morillas Cueva:

no advierto en las premisas expuestas los suficientes datos como para hablar de un posible inicio de las coordenadas que pueden llevar a un Derecho Penal del enemigo con todas las limitaciones garantistas que éste supone. Se trata, al menos hasta este momento, de una progresiva actualización de criterios que marcan un compromiso social, institucional y legislativo de necesaria reacción frente a este tipo de violencia. El aumento de penas no es superior al producido en otros delitos con el cambio de Código, la creación de nuevos tipos es tan tenue, que aunque en algunos casos se muestra como innecesaria, no va más allá de una controvertida decisión legislativa, la utilización de las medidas de protección citadas estructura una serie de actuaciones procesales de amparo y tutela que han de ser sumamente eficaces en la propia operatividad del sistema, al igual que la creación misma de los Juzgados de Violencia contra la Mujer.²⁴²

3.2.4 “Novatio Legis In Mellius”

Sobre la “*novatio legis in mellius*”, se refiere a la elaboración de una ley que cambia las reglas normativas hasta entonces existentes, pero de una forma más benigna a los individuos infractores, dándose de ese modo la aplicación de los principios de retroactividad de la ley posterior y el de no-ultra-actividad de la ley anterior. El Código Penal brasileño, en su art. 2º, párrafo único, en obediencia al art. 5º, XL de la Constitución Federal, aclara que “*a lei posterior, que de qualquer modo*

²⁴²MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres. En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; ROSAL BLASCO, Bernardo del; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, et al. (Coord.). **Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo Del Rosal**. Madrid: Dykinson, 2005, p. 652.

favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Se trata de cualquier tipo de modificación más benigna, siempre que no sea una descriminalización, pues en ese caso se daría la “*abolitio criminis*”. Puede ser la inclusión de nuevas circunstancias atenuantes, minorantes, la alteración de penas, la fijación de un régimen penal más blando, etc.

Un ejemplo claro de “*novatio legis in melius*” se verificó con la edición de la Ley 9714, de 25 de noviembre de 1998, que alteró la sistemática de las penas restrictivas de derechos presentes en el Código Penal, creando nuevas modalidades de sanciones alternativas y ampliando su campo de actuación. Antes de la entrada en vigor de esa ley, un sujeto que fuese condenado por un delito doloso podría ser beneficiado mediante la sustitución por sanción alternativa, si recibiese una pena privativa de libertad inferior a un año, no fuese reincidente y tuviese culpabilidad, antecedentes, conducta social y personalidad favorables. Con el surgimiento de la mencionada “*lex mitior*”, es posible la concesión de penas restrictivas de derechos a los condenados por delito doloso en el que la pena privativa de libertad aplicada no sea superior a cuatro años y la infracción penal no haya sido cometida mediante violencia o grave amenaza a la persona, debiéndose observar, igualmente, los requisitos de la ausencia de reincidencia en delito doloso y aspectos favorables en cuanto a la culpabilidad, antecedentes, conducta social y la personalidad del condenado, tal y como determina la redacción actual del art. 44 del Código Penal brasileño. De ese modo, señala Júlio Fabbrini Mirabete que

é evidente que as novas disposições têm caráter retroativo, nos termos do art. 5º, XL, in fine, da CF, regulamentado pelo art. 2º, parágrafo único do Código Penal, devendo incidir sobre os crimes ocorridos antes de sua vigência, que se iniciou em 26-11-98, ainda que a sentença condenatória tenha transitado em julgado.²⁴³

²⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 287.

También como ejemplo debe subrayarse que la nueva Ley de Drogas (Ley 11.343/06), en el tratamiento punitivo del consumidor de drogas representa un caso de “*novatio legis in melius*”, ya que, conforme vamos a ver, su art. 28 eliminó la conminación de la pena de prisión, tal y como está previsto en el art. 16 de la Ley 6368/76, pasando a estipular, para tal situación, las siguientes sanciones: advertencia sobre los efectos de las drogas, prestación de servicios a la comunidad o medida educativa de comparecer a programa o curso educativo.

Para Luiz Flávio Gomes y Rogério Cunha Sanches, con la introducción del art. 28 de la nueva Ley de Drogas (Ley 11.343/06)

houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*.²⁴⁴

Con interpretación similar, João José Leal indica que la nueva Ley de Drogas, en el mencionado art. 28 creó una “infracción penal innominada”, “*que não se enquadra na classificação legal de crime, nem de contravenção penal*” (Código Penal, art. 107, III).²⁴⁵

Discordante con esa orientación, el Supremo Tribunal Federal, el día 13/02/2007, se posicionó en el sentido de que tales comportamientos tipificados en el art. 28 de la nueva Ley de Drogas seguían formando parte de la categoría de los delitos, por el simple hecho de que la pena privativa de libertad no estaba ya conminada, así que, afirmó el Relator que apreciaba la materia, Ministro Sepúlveda

²⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa.** Disponible en internet: <http://www.lfg.com.br>. Accedido en 12/12/2006.

²⁴⁵ LEAL, João José. Nova Lei Nº 11.343/2006: Descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas?. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 14, n. 169, p. 3, 2006.

Pertence, “*resolvo a questão de ordem no sentido de que a Lei 11.343/06 não implicou abolitio criminis*”.²⁴⁶ Según Rogério Taffarello, tampoco hubo, en el caso aquí analizado, un caso de descriminalización, ya que, alega el autor, “*em primeiro lugar, cumpre anotar que a posse de droga para consumo próprio é tratada no tít. III, cap. III da Lei nº 11.343/06, em cuja epígrafe se lê, exatamente, “dos crimes e das penas*”.²⁴⁷ En el mismo sentido pondera Cristiano Avila Maronna que “*a natureza da sanção não possui o condão de determinar, de per se, se uma determinada conduta é ou não criminosa, especialmente quando tal conduta está prevista no capítulo da lei que trata dos crimes e das penas*”.²⁴⁸ De modo que, siguiendo la segunda directriz aquí expuesta, apoyada por el Supremo Tribunal Federal, el art. 28 de la Ley 11.343/06, acerca del antiguo art. 16 de la Ley 6368/76, constituye, como hemos afirmado, un caso de “*novatio legis in melius*”, y no de “*abolitio criminis*”, como sostienen algunos penalistas.

3.3 LA “LEX INTERMEDIA”

Es posible, principalmente en nuestro país, el cual posee un cuerpo legislativo con un ansia desatinado por producir más y más leyes de todos los tipos y para todos los gustos, que, en la sucesión de normas penales en el tiempo, la más benigna sea una intermedia, es decir, un reglamento legal que no estaba en vigor ni en el instante en que la infracción penal fue cometida ni en el momento en que la sentencia fue dictada. Conforme ejemplifica Miguel Polaino Navarrete hay aquí

una triple manifestación normativa, en virtud de la cual en un primer momento cronológico tiene validez una Ley penal “A”, de gravedad sancionadora media, a la que sucede la vigencia de una Ley penal “B”,

²⁴⁶ STF, 1ª T. – RE 430.105, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007 – DJU 27.04.2007. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 15, n. 175, São Paulo, 2007. p. 1090.

²⁴⁷ TAFFARELLO, Rogério F. Nova (?) Política Criminal de Drogas: Primeiras impressões. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 14, n. 167, p. 2, 2006.

²⁴⁸ MARONNA, Cristiano Avila. Nova Lei de Drogas: Retrocesso travestido de avanço. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 14, n. 167, p. 4, 2006.

menos grave que la precedente, y que a su vez es posteriormente sucedida por una Ley penal “C”, de mayor gravedad que las dos anteriores.²⁴⁹

Se permite al juez penal utilizar la “*lex intermedia*” por ser la más benigna. Seguimos sin ninguna restricción la interpretación de Zaffaroni cuando menciona que “*el principio exige que se aplique la ley más benigna entre todas las que han tenido vigencia desde el momento de comisión del delito hasta el momento en que se agotan los efectos de la condena, es decir, abarcando las llamadas ‘leyes intermedias’*”.²⁵⁰

En la doctrina penal española el tema es también objeto de divergencias, entendiendo Rodríguez Mourullo que “la ley intermedia más favorable no debería ser tenida en cuenta, pues corresponde a una concepción jurídica inexistente en el momento del hecho y que ya no se profesa en el momento del juicio”.²⁵¹ Cabe destacar que el art. 2.2 del Código Penal Español estatuye que “tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”, no estableciendo así ningún tipo de restricción al uso de la ley intermedia más benigna. De ese modo, sostiene Luzón Peña – posición perfectamente adaptable a la sistemática brasileña –, que

dicho precepto habla del efecto retroactivo de cualquier ley penal favorable, sin distinguir si se trata de una ley vigente o una intermedia; pero sobre todo, que, encajando perfectamente esa posibilidad en el tenor literal del precepto, es la más acorde con su posición ampliamente favorable para el reo, y además la única que puede evitar la injusticia comparativa de la desigualdad de trato que produciría en caso de lentitud del proceso frente a los supuestos de mayor celeridad que permitieran una sentencia estando aún vigente la ley anterior.²⁵²

Verdaderamente, en el ordenamiento jurídico brasileño, ni el art. 5º, XL de la Constitución Federal ni el art. 2º del Código Penal poseen elementos que puedan

²⁴⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho Penal**. Fundamentos Científicos del Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1990. Parte General. Tomo I. p. 514.

²⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 1977. Parte General. p. 140.

²⁵¹ MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. **Derecho Penal...**, p. 136.

llevarnos a interpretar de un modo distinto. En consecuencia, la ley intermedia más benigna tiene una particularidad, destacada por Cezar Roberto Bitencourt: la de presentarse con una “*dupla extra-atividade: é, ao mesmo tempo, retroativa e ultrativa*”.²⁵³

3.4 INVENTARIO DE LA LEY PENAL MÁS BENIGNA

Hemos visto que la retroactividad de la ley penal es imperativa cuando se trata de beneficiar al reo, haciéndose así necesaria la fijación de un criterio racional utilizable por el juez penal en cuanto al inventario de la “*lex mitior*” en el caso de sucesión de leyes penales en el tiempo. En la doctrina penal no hay respuesta que elucide el tema, dejándose en la práctica la solución al puro poder discrecional del juzgador, debiendo éste hacer, sin embargo, un análisis metódico de las normas penales en conflicto bajo el aspecto global, investigando las consecuencias jurídicas derivadas tanto del precepto primario como del precepto secundario de las normas incriminatorias. Alerta el penalista luso Manuel Cavaleiro de Ferreira que

efectivamente o carácter mais ou menos favorável da norma penal não depende apenas da sanção que comina (espécie e duração da pena) mas de todo o seu regime: número e qualidade dos elementos constitutivos do tipo criminal, disciplina das causas de justificação ou de exculpação, regulamentação das condições de punibilidade, das circunstâncias atenuantes ou agravantes, das causas de isenção da pena ou de extinção da responsabilidade penal. A dificuldade na determinação da lei mais favorável surge especialmente quando a modificação se refere não a um mas a vários elementos indicados.²⁵⁴

En caso de duda inamovible entendemos que el juez debe seguir la propuesta racional sostenida por Eugenio Cuello Calón de “dejar que el reo determine la ley por la que desea ser juzgado y sentenciado, pues nadie mejor que él puede conocer las

²⁵² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Derecho Penal...**, p. 188.

²⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. Parte Geral. p. 45.

²⁵⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Direito Penal Português**. Lisboa: Verbo; Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa, 1981. Parte Geral, I. p. 124.

disposiciones que le son más beneficiosas”²⁵⁵, camino también apoyado por Dorado Montero y Luis Silvela. Línea que en Brasil no es aceptada por todos, como es el caso de Aníbal Bruno, para quien “a escolha caberá sempre ao juiz, que apreciará os resultados a que chegaria a aplicação das leis em confronto ao caso concreto e decidirá pela mais benigna”.²⁵⁶ En lo que tiene que ver con el ordenamiento jurídico ibérico no constituye novedad alguna, estando presente expresamente en el actual Código Penal en su art. 2.2, habiendo sido ya adoptada anteriormente por el Código Penal de 1928.

3.5 LEYES TEMPORALES Y LEYES EXCEPCIONALES

Algunas particularidades existen con relación a las leyes temporales y excepcionales. Las primeras son aquéllas que ya nacen con el plazo de vigencia estipulado; las excepcionales son aquéllas que surgen para dar un reglamento jurídico en situaciones anormales, tales como calamidad pública, epidemias, guerras etc. El Código Penal brasileño establece en el art. 3º que “*a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência*”, siendo así leyes aprobadas para reglamentar situaciones contingentes y transitorias. A su vez, en el Derecho Penal español el tema se encuentra disciplinado en la parte final del art. 2.2 del Código Penal, en los siguientes términos: “*Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario*”.

Se nota que referidas leyes presentan dos particularidades: son auto-revocables, desapareciendo la excepcional por la cesación de las circunstancias que la determinan y la temporal por el decurso del período de su duración; y ultra-activas, pues son aplicadas a las situaciones que suceden durante su vigencia, aunque ya se haya dado su auto-revocación.

²⁵⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1953. Tomo I. Parte General. p. 215.

²⁵⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo I, p. 264.

Por ejemplo, en el supuesto de que la crisis energética de Brasil se agravase, el legislador podría elaborar una ley penal temporal estableciendo que, durante un año, en toda residencia ubicada en territorio nacional en la que se registre un consumo de energía superior a 1000 KWh en el período de treinta días se habrá cometido un delito, sujetando al propietario a una pena de multa y una breve privación de libertad. En ese caso, si un sujeto está siendo procesado con base en el nuevo tipo penal incriminador por haber consumido 1100 KWh en un mes y en el transcurrir del proceso se da la auto-revocación de la ley temporal, haciendo que el dispendio de energía eléctrica sea ilimitado, referida circunstancia no impedirá al Estado ejercer el poder punitivo, con vistas al carácter ultra-activo de la ley temporal, en los términos del art. 3º del Código Penal. Una observación peculiar en esa hipotética legislación es que la misma presenta simultáneamente los aspectos temporal y excepcional, pero, como dice Galdino Siqueira, *“a lei excepcional pode não ser temporária, mas em uma mesma lei podem coexistir os caracteres de temporariedade e de excepcionalidade”*.²⁵⁷

Pero partiendo del ejemplo propuesto surge la siguiente cuestión: Una vez ocurriendo la auto-revocación de la ley temporal, retornando a la vigencia normal del ordenamiento jurídico anterior, que no contempla el mencionado comportamiento como un ilícito penal, ¿no debería darse la retroactividad de la legislación más benigna, acarreando de ese modo la descriminalización del hecho mediante la *“abolitio criminis”*?

Sobre el tema se desencadenó un gran alboroto jurídico, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera, acerca de las repercusiones al conjunto de principios del Derecho Penal del carácter ultra-activo de las leyes temporales y excepcionales. Sobre esto, pondera José Frederico Marques que

se tais leis não fossem dotadas de ultra-atividade seriam inócuas para grande número de infratores, porquanto fácil lhes seria evitar as sanções ali cominadas. É assim da essência de tais leis, a permanência no tempo através da ultra-atividade, enquanto seus efeitos jurídico-penais não forem

²⁵⁷ SIQUEIRA, Galdino. Op. cit., p. 169.

por outra lei abolidos em relação aos fatos que sob a vigência dela se cometeram.²⁵⁸

Aunque reconocemos los aspectos positivos de atribuir a las leyes temporales y excepcionales la ultra-actividad, entendemos que sobre todo deben respetarse los principios básicos del Derecho Penal y, conforme hemos visto, cuando la Constitución Federal disciplinó la sistemática de la irretroactividad de la ley penal en su art. 5º, XL fue incisiva en el sentido de obligar al operador jurídico a aplicar la regla de retroactividad de la legislación penal posterior más benigna en cualquier caso. De este modo nos inclinamos hacia la orientación de Paulo José da Costa Júnior cuando afirma que *“enquanto o preceito constitucional não proclamar, explicitamente, que a lei ulterior benéfica, ao retroagir, haverá de respeitar a ultratividade da lei excepcional ou temporária, não há como negar a aplicação da lex mitior”*.²⁵⁹

El indicio de inconstitucionalidad del art. 3º del Código Penal fue también apreciado por por Zaffaroni y Pierangeli, pues sostienen *“que esta disposição legal é de duvidosa constitucionalidade, posto que exceção à irretroatividade legal que consagra a Constituição Federal (‘salvo quando agravar a situação do réu’), não admite exceções, ou seja, possui caráter absoluto”*.²⁶⁰

Pero es posible que a la ley temporal o excepcional suceda otra ley que tenga igual naturaleza, dándose así la necesidad de investigar la viabilidad o no de la retroactividad de la ley para solucionar ese eventual conflicto. Para Filippo Grispigni

nel caso di nuova legge eccezionale o temporanea, debba distinguersi secondo la natura di questa: se si tratta di legge determinata dalle mutate condizioni politico-sociali, in tal caso deve negarsi la retroattività della nuova legge più favorevole; ma se l'innovazione legislativa è determinata dalla necessità di regolare in modo più razionale ed equo la stessa materia, pur rimanendo sostanzialmente immutate le circostanze eccezionale che hanno suggerito la precedente legislazione, in questo caso non solo non vi è

²⁵⁸ FREDERICO MARQUES, José. **Curso de Direito Penal...**, p. 199.

²⁵⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Comentários ao Código Penal...**, p. 9.

²⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p. 232.

motivo di negare la retroattività della legge più favorevole, ma tutto consiglia di riconoscere tale retroattività.²⁶¹

En nuestro pensamiento, independientemente de la razón del surgimiento de la ley temporal o excepcional posterior, siendo la misma más benigna, el juez, dentro de una concepción garantista, está obligado a acoger el principio mayor de la retroactividad de la “*lex mitior*”, pues no se admite que una norma ordinaria venga a limitar un mando constitucional no expresamente autorizado por éste.

3.6 LA “*LEX TERTIA*”

A partir de la perspectiva aseguradora de los derechos individuales en el Derecho Penal, en caso de conflicto intertemporal de leyes penales entendemos aceptable la tesis de permitir al juez conjugar elementos favorables de la ley anterior con los de la ley posterior, si ello resulta necesario para que se alcance una decisión más benigna al sujeto infractor, tornándose legítima, así, la formación de una “*lex tertia*”.

En sentido contrario se pronuncia Luis Jiménez de Asúa, para quien esa orientación

sería autorizar al magistrado para crear una tercera ley - con disposiciones de la precedente y de la posterior -, con lo cual se arrogaría funciones legislativas que no tiene. En suma: ha de aplicarse la ley más favorable, en su conjunto, aunque en algún extremo concreto contenga disposiciones más rigurosas, porque no puede hacerse la condición del acusado mejor de lo que autorizan una u otra de las dos legislaciones.²⁶²

Realmente, en España, la doctrina mayoritaria, al igual que se observa en las palabras de Jiménez de Asúa, así como en otros autores como es el caso de A.

²⁶¹ GRISPIGNI, Filippo. **Diritto Penale Italiano**. Introduzione e parte prima, le norme penali sinteticamente considerate. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952. Volumen Primo. p. 358.

Ferrer Sama²⁶³, se ha venido dando una tendencia por el empleo por entero (“*in toto*”), o de la ley anterior o del reglamento normativo posterior. En el mismo sentido se ha posicionado el Tribunal Supremo (Sentencia de 29 de junio de 1985; Sentencia de 8 de abril de 1986) y el Tribunal Constitucional (Sentencia 131/1986 y Autos 369/1984 y 471/1984). Recuerda, sin embargo, Antonio García-Pablos de Molina, adepto a la línea tradicional que propone, en el caso de sucesión de leyes penales, el empleo “*en bloque*” de la norma, ya que, a su entender, la otra posición vulnera la “*ratio legis*” presente en el art. 2.2 del actual Código Penal, además de representar una forma arbitraria que crea artificiosamente una nueva ley, que el Tribunal Supremo ya proferió diversas decisiones en otro sentido. Destaca García-Pablos de Molina que,

en efecto, a pesar de lo que se establece en la disposición transitoria 2^a del C.P. 1995 a propósito de la *redención de penas por el trabajo* (sólo apreciable respecto a los condenados con arreglo al CP 1973), el Tribunal Supremo, al aplicar retroactivamente el nuevo Código, tuvo en cuenta el citado beneficio penitenciario del derogado CP 1973 para el cómputo de la pena de prisión ya cumplida, estimando que se trataba entonces de efectos favorables “*ya consolidados*” a los que no afectaba la Disposición transitoria 2^a.²⁶⁴

Esa línea se encuentra debidamente fundamentada en las sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 1996 (A. 5920), de 13 de noviembre de 1996 (A. 8200), de 7 de mayo de 1997 (A. 4028) y de 23 de junio de 1997 (A. 4999). Fuera de eso, enmarca Pablos de Molina que,

el Tribunal Supremo ha aplicado asimismo a penas impuestas con arreglo al C.P. anterior los plazos de *prescripción* más beneficiosos previstos en el CP 1995, rompiendo así su doctrina tradicional que consideraba inadmisibles la aplicación simultánea de preceptos de la ley posterior más favorable al reo y de la ley anterior.²⁶⁵

²⁶² ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires: Losada, 1950. Tomo II. p. 639.

²⁶³ FERRER SAMA, Antonio. **Comentarios al Código Penal**. Murcia: Sucesores de Nogues, 1947. Tomo II. p. 152.

²⁶⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Introducción al Derecho Penal**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2006. p. 911.

²⁶⁵ Idem, p. 911-912.

Es lo que se observa en las decisiones del Tribunal Supremo, que constan, entre otras, en las sentencias de 23 de febrero de 1988 (A. 1240), de 22 de junio de 1991 (A. 4792) y de 14 de julio de 1992 (A. 6417).

Entendemos que en esa operación no se afecta al principio de división de poderes, pues se tiene una hermenéutica perfectamente admisible con vistas a respetar el precepto constitucional que determina, en el caso de sucesión temporal de leyes penales, que se busque la solución más favorable al agente infractor, de modo que, por una cuestión de equidad, la llamada “*lex tertia*” se torna jurídicamente válida. Con propiedad, argumenta Juan Bustos Ramírez que

la combinación de leyes es admitida en el campo penal, ya que como hemos dicho nunca hay una ley completa estrictamente y hay leyes especialmente incompletas, como las leyes en blanco, que exigen su complementación con otras, luego siempre el juez en realidad está configurando una *lex tertia*; pero eso sí, siempre sobre bases claras de determinabilidad legal y no otra cosa sucedería también en este caso de la favorabilidad. Por otra parte, ello no ataca ninguno de los contenidos del principio de legalidad y, más aún, está de acuerdo con el principio de necesidad de la pena que informa al art. 24 del C.P. En definitiva, no se ve razón para oponerse a la *lex tertia*, que no es tal, sino simple interpretación integrativa, completamente admisible (a favor del reo) en la actividad judicial, que hemos visto que puede aún llegar a la analogía favorable.²⁶⁶

Véase que, conforme ya hemos destacado, el art. 33 de la nueva Ley de Drogas (Ley 11.343/06), que penaliza el tráfico de drogas, en comparación con el antiguo art. 12 de la Ley 638/76, represor de la misma conducta, constituye una “*novatio legis in pejus*”. De ese modo, si alguien cometió alguno de los comportamientos descritos en la referida disposición antes de la entrada en vigor de la Ley 11.343/06, queda sometido a las sanciones más blandas conminadas en la legislación pasada, que, en este caso, va a ser ultra-activa. Pero, frente a tal situación fáctica, sería perfectamente posible hacer una combinación de leyes (“*lex tertia*”), conjugando la norma incriminadora del art. 12 de la Ley de Drogas anterior (Ley 6368/76) con el nuevo art. 33, § 4º, de la Ley 11.343/06, que hace posible la

²⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal Español**, p. 101-102.

reducción de las penas de un sexto a dos tercios cuando el autor sea primario, tenga buenos antecedentes, no se dedique a actividades delictivas y tampoco forme parte de una organización criminal. Con eso, refuerza André Luís Callegari, “*na hipótese de condenação, combinando-se os dispositivos das leis retromencionadas, aplicar-se-ia ao acusado as penas previstas no art. 12 da Lei nº 6.368/76, isto é três anos, com a redução prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006*”.²⁶⁷

3.7 MOMENTO EN QUE LA NORMA PENAL MÁS BENIGNA PODRÁ RETROTRAER

Otro tema nebuloso relativo a la ley penal en el tiempo hace referencia al momento a partir del cual la ley posterior más benigna puede retrotraer, situación que ocurrirá, como hemos visto, en las hipótesis de “*abolitio criminis*” y de “*novatio legis in mellius*”. ¿Puede la “*lex mitior*” posterior ser aplicada a partir del instante en que es publicada o sólo cuando entra en efectiva vigencia?

Evidentemente, la referida cuestión sólo será jurídicamente relevante en el supuesto de que la ley nueva no entre en vigor en la fecha de su publicación, o sea, si el legislador fija un período de vacancia. Por ejemplo: el Código Penal brasileño en su art. 217 definía el delito de seducción, delito contra las costumbres, como siendo “*seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos*”. Tal tipo penal incriminador fue abolido por el surgimiento de la Ley 11.106, de 28 de marzo de 2005. Supongamos que un sujeto de veinte años de edad mantuviese, antes de la edición de la mencionada Ley 11.106/05, un noviazgo serio y prolongado con una joven de dieciséis años de edad, de comportamiento reglado y virgen. Cierta día él le propone a ella mantener un relaciones sexuales, propuesta que fue prontamente rechazada bajo la alegación de que eso solamente iba a ocurrir después del

²⁶⁷ CALLEGARI, André Luís. Nova Lei de Drogas – Da combinação de leis (lex tertia) – Fato praticado sob a vigência da Lei nº 6.368/76 e aplicação da nova Lei nº 11.343/06. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 14, n. 170, p. 6, 2007.

matrimonio. No satisfecho, el sujeto prometió noviazgo y matrimonio brevemente, debiendo ella aguardar solamente que él concluyese su curso universitario. Después de varias horas de conversación, él logró convencerla para practicar la conjunción carnal, aprovechándose de su inexperiencia y de la justificable confianza que ella tenía hacia él. La joven informó del hecho a su padre, el cual denunció al ex-novio por un delito de seducción. Puesto en marcha el proceso penal, el joven acabó siendo condenado a una pena de tres años de reclusión, sin poder ser sustituida por pena alternativa (art. 43 del Código Penal), debido a la circunstancia de ser reincidente en delito doloso (art. 44, II, del Código Penal). Llevando el sujeto tres meses en prisión, de repente fue publicada en el Diario Oficial de la Unión la nueva Ley 11.106/05, acarreado varias modificaciones de naturaleza penal, entre ellas la revocación del art. 217 del Código Penal, es decir, la “*abolitio criminis*” de la seducción. Ya decía Heleno Fragoso en el inicio de la década de los ochenta del pasado siglo que “*não temos a menor dúvida em afirmar que o crime de sedução constitui evidente anacronismo, incompatível com os dias em que vivemos. A tendência da legislação moderna é a de eliminar a incriminação do fato. Não o encontramos mais nem no CP alemão, nem no CP austríaco*”.²⁶⁸ En consecuencia, si ya más de veinte años atrás se notaba esa modificación de las costumbres y de los valores, actualmente, en el inicio del nuevo milenio, aún más se manifiesta la disconformidad de la norma que incriminaba la seducción con la realidad social, pues la joven moderna, emancipada de su familia, obtiene el sentido ético-social de las relaciones sexuales y sus consecuencias desde muy temprano, a través de la televisión, del cine, del teatro, de conversaciones con otras personas y, principalmente, a través de los recursos de informática. Como observa Vicente Carlos Lúcio,

por meio da chamada Internet publicam páginas e mais páginas de pornografias, com apresentação de sexo explícito, até mesmo praticados por menores de ambos os sexos que aparecem nas telas dos computadores, e menores de ambos os sexos que utilizam desses mesmos aparelhos para obterem conhecimentos sobre a pornografia.²⁶⁹

²⁶⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Parte Especial. p. 17.

²⁶⁹ LÚCIO, Vicente Carlos. Crime de Sedução e Menoridade – Subsídio para a Reforma do Código Penal. **Revista de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, Ano I, n. 5, p. 46, 2001.

Todo ese retrato social hizo que se reforzasen las voces a favor de la descriminalización de la seducción o, por lo menos, pondera Antônio José Miguel Feu Rosa, “o surgimento de novo conceito para a sedução, o que se observa nitidamente na interpretação tolerante e atenuada dos Tribunais, sobre o assunto, no exame dos casos concretos”.²⁷⁰ De modo que, por lo expuesto, no representó ninguna sorpresa que en Brasil se siguiese la tendencia de la política criminal moderna en el sentido de suprimir la norma que incrimina referido comportamiento, algo que se consolidó por mediación de la Ley 11.106, que entró en vigor en la fecha de su publicación, o sea, el día 28 de marzo de 2005, conforme preceptúa su art. 4º.

Pero de lo que queremos llamar la atención es de la eventual circunstancia de que la *lex* nueva descriminalizadora de la seducción tuviese establecido, por ejemplo, un período de *vacatio legis* de sesenta días, hipótesis que ocasionaría un complejo dilema de Derecho Penal intertemporal para la situación fáctica expuesta aquí: ¿podría el sujeto quedarse libre en el momento en que la ley más benigna hubiese sido publicada o debería aguardar su entrada en efectiva vigencia, de modo que, en el presente caso, tendría que permanecer en prisión durante dos meses más?

Según una visión más tradicional y formalista del Derecho, en el período que va de la publicación de la ley a su entrada en vigor se debe seguir aplicando la legislación anterior, aunque sea más rigurosa, una vez que su revocación únicamente puede darse cuando la nueva ley sea obligatoria. En ese sentido se encuentra la opinión de José Cerezo Mir, enfatizando que “*la ley penal se aplica, sin duda, a los hechos realizados después de su entrada en vigor y antes de su derogación o de su declaración de inconstitucionalidad*”.²⁷¹ En Brasil sigue esa orientación Damásio de Jesus, para quien la “*nova regulamentação só existe a partir da data de sua vigência. Esse é o dia limite a ser considerado para a definição do direito aplicável a cada caso. Antes disso, as hipóteses são regidas pelas*

²⁷⁰ FEU ROSA, Antônio José Miguel. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Parte Especial. p. 570.

²⁷¹ CEREDO MIR, Jose. **Curso de Derecho Penal Español**. Introducción. p. 217.

disposições precedentes, não por concessão expressa do legislador, mas, simplesmente, porque a lei anterior ainda está em vigor".²⁷²

Siendo así, en nuestro caso hipotético, en las líneas de esa temática, el sujeto que fue condenado por delito de seducción tendría que permanecer durante más dos meses encarcelado, aguardando que la "*novatio legis*" que descriminalizó el hecho cometido entrase efectivamente en vigor.

En nuestra opinión, ese formalismo exacerbado genera una falta de coherencia jurídica, pues no tiene sentido seguir privando de libertad a un individuo basándose en la realización de un hecho que el propio Estado ya reconoció que no presenta grado de ofensividad suficiente para ser clasificado como ilícito penal, sumándose, también, la circunstancia grave, más notoria, de que cuando una persona está internada en un establecimiento penitenciario no es solamente su libertad la que se constriñe, aunque tendría que ser así, dándose lamentablemente flagrantes violaciones de su integridad física y moral, muchas veces con la complacencia de las autoridades públicas. Con ello, a partir de una interpretación crítica del Derecho Penal, de una concepción respetuosa de la dignidad de la parte más frágil de la relación procesal y ejecutoria penal, somos partidarios de la idea de admitir la aplicación de la *loi plus douce* desde el momento de su publicación, debiendo tener la retroactividad inmediata de la "*novatio legis*", en obediencia al sistema de garantía fijado en el art. 5º, XL de la Constitución Federal, el cual, conforme hemos visto, determina que la "*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*", no introduciendo así cualquier tipo de restricción.

Reforzando esas consideraciones, recuerda Ladislau Fernando Röhnelt que

a mesma Constituição não se limitou a garantir o princípio da retroatividade benigna. Assegurou, inclusive, que essa nobre garantia terá aplicação imediata. Efetivamente, estabelece, no parágrafo 1º do art. 5º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Ora, dentre esses direitos e garantias ditos fundamentais está o dogma penal da retroatividade benéfica. Por conseguinte, se a retroação penal é um desses postulados vitais, a norma que a define é, portanto, de

²⁷² JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**... p. 74.

eficácia cheia ou de incidência plena; melhor dizendo, é uma norma de atuação direta, não depende, para sua completa operatividade, de outras normas de intermediação, de regulamentação ou de complementação. Segue-se daí que, sendo de aplicação imediata a norma constitucional da boa retroatividade, não é admissível que um outro dispositivo legal, tanto mais se for ordinário, possa vir para perturbá-la ou para adiar sua pronta obrigatoriedade. Hoje em dia, é verdade incontestável que o caráter impositivo das categorias constitucionais não só impede que o legislador ordinário possa profaná-las, como se fossem coisas disponíveis, ao mesmo tempo que lhes confere a força transcendente, de normas portadoras de pronta e imediata atuação na proteção do indivíduo. Disso decorre que a garantia da retroatividade favorável sendo um princípio constitucional de pronta ação protetiva, não pode uma lei comum querer encurtar seu alcance e adiar para um tempo mais tarde o momento de sua atuação benéfica. Quando o legislador infraconstitucional, em lei posterior ao crime, concede ao réu ou ao condenado uma situação ou condição de melhor direito, favorecendo-o com a descriminalização ou abrandando sua penalização, essa lei nova, por ser mais doce, como dizem os franceses, haverá de incidir logo e prontamente na situação do réu, por força de imperativo constitucional.²⁷³

A partir de los fundamentos expuestos, y partiendo de la idea conjugada por el penalista chileno Alfredo Etcheberry de que “la ley es ley y obliga como tal, desde su promulgación, incluso en aquella parte que posterga la vigencia de sus disposiciones sustantivas”,²⁷⁴ para el caso hipotético puesto en análisis en las líneas anteriores el sujeto podría salir de la prisión a partir del instante en que la nueva ley, caracterizadora de la “abolitio criminis” de la seducción, fuese publicada.

Tal solución jurídica estaría de acuerdo con la decisión ya proferida por el Tribunal de Alzada Criminal de São Paulo,

quando a Constituição Federal, no art. 153, parágrafo 16 (atual art. 5º, XL), se refere a lei posterior não cuida de lei posterior vigente. Logo, deve-se concluir que ela alude a lei posterior existente. Havendo lei posterior mais benéfica, têm incidência a norma constitucional, pois não seria aceitável que o legislador ordinário restringisse o alcance de preceito constitucional, fosse por imprudência, por imprevidência ou por mera ignorância.²⁷⁵

²⁷³ RÖHNELT, Ladislau Fernando. A Lei Penal e a Vacatio Legis. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul** – AJURIS, Porto Alegre, 1999. Edição Especial. p. 119.

²⁷⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. **Derecho Penal**. Santiago: Gabriela Mistral, 1976. Tomo I. Parte General. p. 101.

²⁷⁵ TACRIM - SP -AC - Relator Adauto Suannes – Revista dos Tribunais n. 589, p. 332.

Y a ello se suma que la regla constitucional de la retroactividad de la “*lex mitior*” no es de connotación meramente programática, no pudiendo así el enunciado proveniente de ley ordinaria atenuar o impedir su publicación, siendo, consecuentemente, un principio que prescinde de reglamentación legislativa. Incluso, subraya José Joaquim Gomes Canotilho que,

se as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias são dotadas de aplicabilidade directa (o que não significa ser a mediação legislativa desnecessária ou irrelevante), então é porque os direitos por elas reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei.²⁷⁶

En la doctrina penal extranjera, Enrique Bacigalupo respalda esa línea afirmando que

lo que importa es el fundamento de la retroactividad de la ley más favorable: si lo decisivo es la adecuación de las sentencias penales a las nuevas valoraciones sociales expresadas por el legislador, será suficiente con la publicación de la ley más favorable para que corresponda su aplicación.²⁷⁷

Ante tales explicaciones, a nuestro juicio, la situación ya retratada del tratamiento penal más mitigado que el art. 28 de la nueva Ley de Tóxicos (Ley 11.343/06) trajo al usuario de drogas, al suprimir las penas de prisión y de multa anteriormente conminadas para el caso contemplado en el art. 16 de la Ley 6368/76, debe tener aplicación inmediata y con efectos retroactivos desde la publicación de ese cuerpo legislativo, ocurrida el día 23 de agosto de 2006, no necesitando así el operador del Derecho aguardar el transcurrir de la “*vacatio legis*” de cuarenta y cinco días, estipulado por su art. 74.

²⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 524.

²⁷⁷ BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal...**, p. 60.

3.8 LAS NORMAS PENALES EN BLANCO Y EL DERECHO INTERTEMPORAL

Sobre las normas penales en blanco, como toda ley penal, en la medida en que son publicadas y entran en efectivo vigor son aplicables a los casos concretos, pero hay que hacer algunas observaciones. Como hemos visto, las normas penales en blanco, por el hecho de ser incompletas o "*corpos errantes a procura de alma*", en la visión de Binding, remiten para la aclaración de su contenido a normas integradoras, haciendo que, señala "*no adquieren fuerza obligatoria mientras no se dicte la ley o reglamentación a que se remiten, y resultan aplicables solamente a los hechos acaecidos con posterioridad a ésta*".²⁷⁸ Una norma penal en blanco no deja de ser una ley, pero no va a regir los casos ocurridos porque se presenta incompleta, haciendo con que su obligatoriedad se de solamente con el surgimiento de la norma integradora, con vistas a que antes de eso se encuentran rellenos, informa Enrique Cury, sólo "*los presupuestos del nulla poena sine lege praevia, pero no los del nullum crimen*".²⁷⁹

Así, sólo pueden punirse los hechos incriminados por las normas penales en blanco ocurridos después de la publicación de las correspondientes normas integradoras, bajo pena de violación del principio de legalidad. Cabe señalar que no hay duda alguna de que cuando se cambia de forma más benigna la norma penal en blanco, como, por ejemplo, con la conminación de una pena más tenue, debe aplicarse la regla básica del Derecho Penal intertemporal, que es la de retroactividad de la "*lex mitior*".

El problema surge cuando las normas complementarias que integran la norma penal en blanco son sustituidas por otras más benignas al sujeto infractor. ¿Se permite la aplicación retroactiva?

Acerca del tema existen algunas divergencias doctrinales, pero a partir de la perspectiva sostenida por Manzini de que "la disposición de ley o de la autoridad, en cuanto entra a integrar la norma penal en blanco, viene a asumir carácter de 'ley

²⁷⁸ GLENA, Gustavo Labatut. **Derecho Penal**. Santiago: Jurídica de Chile, 1979. Tomo I. p. 59.

²⁷⁹ CURY, Enrique. **La Ley Penal en Blanco...**, p. 120.

penal', para cualquier consecuencia de derecho",²⁸⁰ abogamos por la tesis de que se debe aplicar a ellas, igualmente, no sólo las reglas generales sobre la vigencia temporal de la ley penal, sino también todas las garantías penales elementales, ya que hasta el mando constitucional de retroactividad de la ley más benigna (art. 5º, XL, de la CF) se manifiesta sin ningún tipo de restricción.

En ese sentido refuerza con propiedad Vladimir Giacomuzzi que

se a norma complementadora for considerada fora do conteúdo da norma penal completada, como não sendo fonte do direito repressivo, não sendo lei penal, a ela não estarão estendidas as garantias especiais que cercam a lei penal. Assim, por exemplo, como se sustentar a proibição do emprego da analogia das normas completivas, se elas não são consideradas normas penais?.²⁸¹

Esta tendencia doctrinal no constituye novedad alguna en la dogmatica penal latinoamericana, pues ya era adoptada por los penalistas Basileu Garcia y Carlos Fontán Balestra. El primero decía que "*a disposição extra-penal de que se entretece a norma penal em branco – corpo à procura de alma, como se exprimia BINDING – impregna-se do cunho penal, como parte que passa a constituir da figura delituosa. E por isso a retroatividade benéfica se impõe*".²⁸² Fontán Balestra, a su vez, en su "Derecho Penal", obra notable en la doctrina criminal argentina, enfatizó de un modo terminante que "*en las llamadas leyes penales en blanco, no nos parece dudoso que la modificación en sentido favorable de la ley, decreto u ordenanza a que ellas se remiten, resulta aplicable*".²⁸³

²⁸⁰ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**. Teorias Generales. Buenos Aires: Ediar, 1948. V. I. Tomo I. Primera Parte. p. 268.

²⁸¹ GIACOMUZZI, Vladimir. Norma Penal em Branco. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul** – AJURIS, Porto Alegre, p. 106, 1999.

²⁸² GARCIA, Basileu. Op. cit., Tomo I, p. 155.

²⁸³ FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Arayú, 1953. Introducción y Parte General. p. 135.

3.9 EL DERECHO INTERTEMPORAL Y LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES

Una cuestión tormentosa en la ciencia penal de los últimos tiempos está en la posibilidad o no de que se pueda dar la retroactividad de la jurisprudencia más benigna al condenado, sin que sobre la materia se haya hecho cualquier alteración legislativa. En el mismo nivel, correlato a eso, se discute igualmente la tematica de la irretroactividad de las directrices jurisprudenciales más severas.

Pondera Odone Sanguiné, en un trabajo titulado “Irretroatividade e Retroatividade das Alterações da Jurisprudência Penal”, que

a doutrina não apresenta, contudo, uma solução uniforme à questão de se as modificações jurisprudenciais agravadoras da situação do acusado, posteriores à realização do fato punível, estão submetidas à proibição de retroatividade prevista para a lei penal posterior desfavorável ao réu. Pode-se identificar basicamente três posições doutrinárias sobre o tema: 1^a) a ortodoxa, que nega a aplicação da garantia da irretroatividade às variações da jurisprudência penal; 2^a) a postura contemporânea dominante que defende a idéia de que o acusado pode invocar o benefício do erro de proibição; 3^a) a posição, ainda minoritária, mas que ganha cada vez mais um número crescente de adeptos, que postula a aplicação da garantia da proibição da retroatividade às modificações jurisprudenciais desfavoráveis.²⁸⁴

La primera línea, de tendencia conservadora, predica la idea de que el formateo de una nueva jurisprudencia, acerca de la interpretación de una ley, por los órganos del Poder Judicial jerárquicamente superiores, debido a la modificación de valores sociales o de los fundamentos jurídicos, no queda impedida de retrotraer. Y ello aunque puedan perjudicar a los individuos, ya que, desde un punto de vista constitucional, referida restricción cabe sólo para el caso de legislación legal, de modo que la jurisprudencia nueva debe ser aplicada a todos los procesos penales en curso, independientemente de las consecuencias más favorables o más lesivas que pueda acarrear, alejando así la existencia de un “conflicto intertemporal jurisprudencial”. Como dice Johannes Wessels, seguidor de esa línea, “*a alteração de jurisprudência pacífica dos mais altos tribunais, em consequência de uma mudança na concepção jurídica ou com fundamento em um novo conhecimento, não*

se submete, de acordo com opinião dominante, a qualquer proibição de retroatividade".²⁸⁵ A pesar de que reconocen que una nueva orientación jurisprudencial produce consecuencias jurídicas similares a las proporcionadas por el surgimiento de una nueva ley, los seguidores de esa orientación parten de la premisa de que la jurisprudencia no genera vínculos tan intensos como los originados de los efectos legales, pues, en caso contrario, habría una infracción del principio de división de poderes, una vez que los Tribunales pasarían a ejercer funciones típicas del legislador.

En este sentido, aduce Günther Jakobs que,

a pesar de la posible igualdad en cuanto a los efectos de la jurisprudencia superior y la ley, sin embargo a la jurisprudencia no le afecta ninguna prohibición de retroactividad, pues a la igualdad de efectos no corresponde la igualdad de funciones. La jurisprudencia tiene la misión de fundamentar sus sentencias a partir de la ley. Las vinculaciones existentes, es decir, legalidad (sujeción a la ley) y obligación de fundamentar, se ven diluidas si se les añade la prohibición de retroactividad. Y es que, junto a una sujeción con la que llegan a ser tolerables los actos soberanos (literalmente) del legislador, perderían importancia las obligaciones de la jurisprudencia (es decir, sujeción a la ley y obligación de fundamentar); dicho de otro modo, un poder judicial que estuviera sujeto, como el poder legislativo, también juzgaría como si promulgase leyes.²⁸⁶

La segunda línea parte de la idea de que en la medida en que se veda la prohibición de retroactividad de los cambios jurisprudenciales, el sujeto que comete un hecho en la creencia de que se trata de un irrelevante jurídico-penal, pero inesperadamente se depara con una nueva línea jurisprudencial que pasa a clasificar referido comportamiento como infracción penal, podrá plantear como materia de defensa el instituto del error de prohibición, que en el Código Penal brasileño está contemplado en el art. 21, alegando la ausencia excusable de la conciencia de la ilicitud, generando su absolución por exclusión de culpabilidad. Sobre el tema, argumentan Maurach y Zipf que

²⁸⁴ SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e Retroatividade das Alterações da Jurisprudência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 8, n. 31, p. 147-148, 2000.

²⁸⁵ WESSELS, Johannes. Op. cit., p. 12.

²⁸⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. p. 127.

existen casos de una sólida jurisprudencia de los más altos tribunales, que asumen una función de sustituto o complemento de las leyes; como ellos, la jurisprudencia unitaria de los altos tribunales cumple la misma función orientadora que desempeña la ley, también aquí reclama un lugar el principio de la prohibición de retroactividad. En la medida que la prohibición del efecto retroactivo no sea aplicable a los cambios jurisprudenciales, será posible considerar la posibilidad de admitir un error de prohibición a favor del afectado.²⁸⁷

Por último, están aquéllos que, con base en la seguridad jurídica, proponen la extensión de la garantía constitucional de la irretroactividad de la “*lex gravior*”, aseguradora del principio de confianza, sustento del Estado de Derecho, a las alteraciones jurisprudenciales desfavorables al reo, dejando en segundo plano la tradicional distinción entre las funciones de la legislación penal y de la jurisprudencia criminal. En ese sentido, aclara Winfried Hassemer que

la prohibición de retroactividad no sólo se dirige al legislador, sino también al juez penal. Lo mismo que se pueden promulgar leyes con efecto retroactivo, se pueden también aplicar con efecto retroactivo a un hecho que se ha cometido antes de que esas leyes entraran en vigor. En este sentido, rigen para el juez los mismos límites que para el legislador.²⁸⁸

Entendemos que esta última posición es la que resulta más acorde con el Derecho Penal mínimo y garantizador, pues sólo a través de la prohibición de retroactividad de las decisiones judiciales perjudiciales a los individuos se hará posible una efectiva contención de un “*ius puniendi*” arbitrario, asegurando la confianza de los miembros de la comunidad de no ser sorprendidos con interpretaciones jurisprudenciales más gravosas, que tampoco eran previsibles en el momento de la práctica del hecho. No se puede negar que frente a las variadas producciones legislativas atentatorias al principio de determinación, corolario del “*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*”, la jurisprudencia, uniforme y constante, muchas veces transformada en sùmulas, asumió, dentro de la concepción contemporánea de la armonía o colaboración entre los poderes, la función de

²⁸⁷ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 199.

²⁸⁸ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 324.

“legislador sustituto”, haciendo con que el juez cree verdaderas “normas jurídicas” que den plenitud al injusto penal y que, en algunos casos, acaban siendo más conocidas y respetadas que las procedentes del propio poder competente. Partiendo de la premisa de que la aplicación de la ley no se realiza a través de una mera subsunción ciega, vinculada únicamente a las reglas de la lógica, pero que exige un complejo engranaje hermenéutico de naturaleza innovadora, de modo que la *praxis* constante en los tribunales establece un nuevo formateo de las reglas jurídicas, constituyéndose en verdadera fuente de Derecho, enfatiza el penalista Günter Stratenwerth que *“la judicatura de los tribunales superiores se acerca de tal manera y en forma tan uniforme en sus efectos a la ley, que en principio resulta obligado considerar que las modificaciones in malam partem están sometidas a la prohibición de la retroactividad”*.²⁸⁹ Refuerza aún el renombrado profesor de la Universidad de la Basilea que el Derecho Judicial, en principio, debe ser elaborado dentro de los parámetros fijados por la ley penal, pues en caso contrario ésta perdería considerablemente su función garantizadora, estando presente aquí la controvertida cuestión de *“establecer los límites entre la interpretación judicial necesaria y admisible de la ley, y por la otra, el desarrollo de nuevas normas jurídicas que resultan inadmisibles en el caso de que creen o agraven la punibilidad”*.²⁹⁰

Al postular la prohibición de la retroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables a los sujetos estamos reconociendo *ex adverso* la admisión de la retroactividad de las interpretaciones favorables al reo, posibilitando incluso la utilización del instrumento de revisión criminal, disciplinado en el art. 621 de Código del Proceso Penal brasileño, en beneficio del condenado en la eventualidad de instaurarse un cambio jurisprudencial más benigno. No obstante, alerta Odone Sanguiné que,

da mesma forma que para a proibição de irretroatividade, a aplicação retroativa da nova jurisprudência mais favorável através de revisão criminal exige que a nova orientação tenha se consolidado em sentido diverso da concepção seguida ao tempo do crime ou da condenação, não sendo admissível ante mera divergência ou oscilação jurisprudencial.²⁹¹

²⁸⁹ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal...**, p. 37.

²⁹⁰ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal...**, p. 37-38.

²⁹¹ SANGUINÉ, Odone. Op. cit., p. 166.

Recuerda también el destacado penalista brasileño que

o Tribunal Supremo da Espanha recentemente (STS 176, de 13.02.1999) estendeu o âmbito da revisão criminal admitindo-a no caso de alteração da doutrina jurisprudencial em favor do réu, aplicando a nova jurisprudência decorrente de decisão do Pleno da “Sala Segunda”, que passou a reconhecer absorvido o delito de contrabando pelo tráfico de drogas (e não mais concurso real ou, às vezes, ideal, como vinha entendendo), rescindindo retroativamente (ex tunc) a condenação pelo delito de contrabando.²⁹²

En Brasil, una situación típica que, a nuestro juicio, puede ser aplicada a la referida orientación se da en el caso del delito de robo que consiste en sustraer cosa mueble ajena, para sí o para otra persona, mediante grave amenaza o violencia a la persona, o después de haberla por cualquier medio, reduciendo la imposibilidad de resistencia, agravado por el empleo de arma, tipificado en el art. 157, párrafo segundo, I del Código Penal, sujeto a una pena de cuatro a diez años de reclusión y multa, más una adición de pena que oscila entre un tercio y la mitad. La justificación comúnmente aducida por la doctrina penal para el aumento de pena cuando el robo se comete con uso de arma se basa en la mayor peligrosidad del sujeto, en el mayor poder de intimidación, y en un grado más alto de amenaza contra la integridad física del ofendido. Un segmento de la doctrina y de la jurisprudencia preconiza que hasta incluso en el caso de que el sujeto utilice un arma de juguete en el proceso ejecutivo del delito de robo debe incidir referida causa de aumento de pena. Esta es la opinión, por ejemplo, de Néilson Hungria para quien

por armas se deve entender não só as propriamente tais ou em sentido técnico (especialmente destinadas ao ataque ou defesa), como qualquer instrumento apto a lesar a integridade física (ex.: uma barra de ferro, um furador de gelo, um macête, etc.). Não é preciso que a arma seja efetivamente manejada, bastando que seja portada ostensivamente, como uma ameaça implícita. A ameaça com uma arma ineficiente (ex.: revólver descarregado) ou fingida (ex.: um isqueiro com feitiço de revólver), mas ignorando a vítima tais circunstâncias, não deixa de constituir majorante, pois a ratio desta é a intimidação da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir. Pela mesma razão, é irrelevante indagar se o

²⁹² SANGUINÉ, Odone. Op. cit., p. 168.

agente, ao empunhar ameaçadoramente mesmo uma arma eficaz, estava, ou não, apenas simulando o propósito de atacar a vítima, desde que esta efetiva e razoavelmente se intimidou.²⁹³

Esa era también la orientación predominante en el Supremo Tribunal Federal y en el Superior Tribunal de Justicia, el cual incluso bajo el liderazgo del ex ministro Luiz Vicente Cernicchiaro había editado una Súmula con el número 174 estableciendo que, *“no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena”*. Como razón justificativa para la existencia de la Súmula argumenta Cernicchiaro que *“se o criminoso, com a arma de brinquedo, obtiver o mesmo resultado, como se verdadeira fosse, impõe-se o mesmo tratamento. Interpretação diversa é insensível ao sentido finalístico da norma. O que conta não é a arma em si, mas a intimidação do ataque”*.²⁹⁴

Varios registros desacreditadores fueron suscitados a esa tesis por la falta de razonabilidad y proporcionalidad infundida en sus consecuencias; asimismo, conforme el correcto análisis realizado por el Procurador de la República Ângelo Roberto Ilha da Silva, por la circunstancia de que *“referida súmula consagrava flagrantemente, caso de analogia ‘in malam partem’, faltando el respeto de forma directa al principio de tipicidad, recordando todavía el autor una observación irónica y pertinente hecha por el profesor Lenio Streck, proferida en un seminario celebrado en la ciudad de Gramado (Brasil), en octubre de 2001, en homenaje al profesor Paulo Cláudio Tovo, cuando dice que “se arma de brinquedo é arma, ursinho de pelúcia é urso”*.²⁹⁵ Además de eso, el profesor Luiz Flávio Gomes subraya con propiedad que *“se o uso de arma de brinquedo, no roubo, não implica em maior lesão ao bem jurídico, qualquer aumento especial de pena significa vulneração do princípio da ofensividade”*.²⁹⁶

²⁹³ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1954. v. VIII. p. 58.

²⁹⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Arma de Brinquedo. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 4, n. 50, p. 12, 1997.

²⁹⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. O Cancelamento da Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 9, n. 109, p. 5, 1999.

²⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 139.

Después de éstas y otras precedentes críticas formuladas por la doctrina penal más avanzada acerca del tema, la Tercera Sesión del Superior Tribunal de Justicia, juzgando el Recurso Especial n. 213.054-SP, en la sesión de 24 de octubre de 2001, puso fin a ese alboroto jurídico, acordando la cancelación de la referida Súmula.

Mencionada decisión nos obliga inexorablemente a proponer, con base en los argumentos aquí esgrimidos y a través de una lectura garantizadora del Derecho Penal insertado en un Estado Democrático de Derecho, la retroactividad de ese cambio de dirección en la jurisprudencia brasileña, admitiendo todavía la posibilidad de la utilización del mecanismo procesal de la revisión criminal para beneficiar a los condenados que tuvieron sus sentencias basadas en la orientación pretoriana anterior de naturaleza más severa.

Para concluir sobre el tema objeto de discusión en las siguientes páginas, lo recomendable sería que, considerando que no hay una solución pacífica unida por la legislación penal y mucho menos por la doctrina y por la jurisprudencia, haciendo que la aplicación o no de las nuevas directrices judiciales más severas de carácter penal a los hechos anteriores a su consolidación se queden al puro arbitrio de los miembros de los Tribunales, proponemos *de lege ferenda* que el legislador obedezca fielmente la necesidad de seguir la técnica legislativa propia para la producción del ordenamiento jurídico-penal en lo que tiene que ver con las materias que actualmente están siendo dilucidadas por la jurisprudencia y que indudablemente necesitan estar vinculadas a los principios elementales del Derecho Penal intertemporal, contemplados en la Carta Magna y en el Código Penal. Siguiendo ese razonamiento, refuerza con lucidez Jakobs que *“la solución para aquellos ámbitos de la regulación en los que existe necesidad de prohibición de retroactividad porque la jurisprudencia hace las veces de legislador, la solución reside en intensificar la regulación legal, ante todo en el tráfico rodado”*.²⁹⁷

²⁹⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. p. 127-128.

3.10 APLICACIÓN TEMPORAL DE LAS LEYES PROCESALES PENALES. LA CUESTIÓN DE LAS LEYES DE NATURALEZA MIXTA

La ley procesal penal incide inmediatamente, debiendo de este modo emplearse en el momento en que aparezca. Esto se puede ver en la lectura del art. 2º del Código de Proceso Penal brasileño, cuando enuncia: “*a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*”. La justificación de esta regla se encuentra en la circunstancia de que se presume que la nueva ley sea más adecuada que la anterior, por estar en mejor sintonía con los postulados e intereses del Derecho, así como las garantías fundamentales del sujeto infractor. Sin embargo, el mencionado art. 2º del Código de Proceso Penal asegura la preservación de los actos procesales efectuados bajo la protección de una ley anterior a la aparición de la nueva regulación, excepto si ella hace mención en contra. Con ello, la ley procesal penal posterior engloba los procedimientos que están por empezar, así como los que ya están en curso pero que todavía no fueron efectivamente sentenciados. Sobre este tema, destacan Pedro Henrique Demercian y Jorge Assaf Maluly que “*nada impede, todavia, que a lei processual penal nova seja mais severa com o acusado, desde que, naturalmente, não contrarie as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição etc.*”.²⁹⁸

Se observa, por ejemplo, que la Ley 9.299, de 7 de agosto de 1996, cambió la competencia de la Justicia Militar, alejando de su alzada el enjuiciamiento de los delitos dolosos contra la vida cometidos por militar contra civil en tiempo de paz. La incidencia inmediata de esa regla de competencia hizo que los procesos en marcha, independientemente del punto en que se encontraran, fuesen trasladados para su enjuiciamiento ante el Tribunal de Jurado, el cual, en los términos del art. 5º, XXXVIII, “d”, de la Constitución Federal brasileña, posee la competencia para el enjuiciamiento de los delitos dolosos contra la vida.

En España, la aplicación temporal de la ley procesal penal no es disciplinada por el art. 2º del Código Penal de 1995, propio de las normas materiales, pero sí por

²⁹⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 30.

el art. 2º, apartado 3º, del Código Civil, así que no gozan de efectos retroactivos, excepto que haya mención en sentido contrario. Pero, en relación a ellas, incide la prohibición constitucional de retroactividad de los reglamentos desfavorables que vienen a restringir derechos, en los términos del art. 9.3º de la Constitución, una vez que ésta, en el mencionado enunciado, no establece distinción entre normas penales y procesales acerca de la prohibición del efecto retroactivo. Advierte Antonio García-Pablos de Molina que

las leyes procesales están llamadas a disciplinar los actos procesales en el momento en que éstos tienen lugar, lo que no es sino una manifestación rigurosa del principio "*tempus regit actum*". No importa, pues, que dichos actos procesales traigan causa de un procedimiento iniciado con anterioridad; ni que fueran otras y diferentes las normas procesales en vigor en el momento de la comisión del delito. Lo concluyente es el momento de realización de los concretos actos procesales. Así lo entienden la doctrina procesalista y el Tribunal Supremo español, hallándose sin embargo, muy dividida la doctrina penal. El Tribunal Constitucional, en Auto 933/1985, de 18 de diciembre, precisó, de acuerdo con la opinión mayoritaria, que la aplicación de la ley procesal vigente en el momento de celebrarse los actos procesales a éstos, no implica otorgar a la misma eficacia retroactiva.²⁹⁹

La situación es más compleja cuando algún precepto normativo presenta naturaleza mixta, o sea, cuando se dan aspectos de Derecho material y Derecho formal. Se entiende que una vez se da esa hipótesis en un caso concreto, el intérprete debe recurrir a los principios de temporalidad de la ley, es decir, el de irretroactividad de la norma más severa y retroactividad de mando más benéfico (art. 5º, XL, de la Constitución Federal de 1988 y art. 2º del Código Penal). En ese sentido, aducen Pedro Henrique Demercian y Jorge Assaf Maluly que "*na sucessão de leis processuais mistas, o caráter material deve prevalecer, retroagindo quando a lei nova for mais favorável ao réu. Se desfavorável nesse aspecto, a eficácia dessa norma processual inovadora fica adstrita aos crimes praticados a partir de sua vigência*".³⁰⁰ Aún sobre el tema, Djalma Eutímio de Carvalho refuerza la idea aquí suscitada, al asegurar que

²⁹⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Introducción al Derecho Penal...**, p. 894-895.

³⁰⁰ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal...** p. 36.

se a norma processual tiver conteúdo penal, desde que mais benéfica ao acusado, retroagirá. As normas que cuidam de prescrição e decadência do direito de queixa ou de representação, p. ex., se beneficiarem o réu, deverão retroagir, porque são causas de extinção da punibilidade.³⁰¹

Punto de gran discusión en la doctrina y jurisprudencia brasileñas acerca de la aplicación inmediata o no de una norma mixta constituye la aparición de la nueva regla de edicto de citación, introducida por la Ley 9271, de 17 de abril de 1996, que cambió el art. 366 del Código de Proceso Penal, el cual pasó a ostentar la siguiente redacción: “*Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312*”.

Con ello, el edicto de citación del reo ocasiona, en primer lugar, una consecuencia de naturaleza procesal, la suspensión del proceso, y otra de connotación de derecho material, correspondiente a la prohibición del transcurso de la prescripción. Por lo tanto, surge la cuestión de la retroactividad o aplicación inmediata de la mencionada norma. De acuerdo con Damásio de Jesus, tenemos aquí una disposición mixta, favoreciendo un análisis de principios de derecho sustantivo y procesal, de modo que cuando esto ocurre debe prevalecer la naturaleza penal, ya que incluso cuando se suspende el proceso, eso genera, fatalmente, el impedimento del transcurso del plazo de prescripción, obstando de esa forma a que el hecho se dirija a la extinción de la punibilidad.

Según Damásio de Jesus,

não se pode, pois, dissociar as duas formas de suspensão, a do processo e da prescrição, para se conferir à lei incidência imediata no que tange ao sobrestamento da ação penal (CPP, art. 2º) e efeito irretroativo na parte em que impõe a suspensão da prescrição (CP, art. 2º, parágrafo único). A suspensão do prazo prescricional em face do sobrestamento da ação penal era desconhecida em nossa legislação. Logo, o art. 366, nesse ponto, é mais gravoso que o ordenamento legal anterior (*novatio legis in pejus*). Deve ser, por isso, irretroativo por inteiro, não se aplicando às infrações

³⁰¹ EUTÍMIO DE CARVALHO, Djalma. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 29.

penais cometidas antes da vigência da Lei (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único).³⁰²

De este modo, si se comete una infracción penal después de la entrada en vigor de la Ley 9271/96, en el caso de que el reo, debidamente con edicto de citación, no comparece al interrogatorio, dejando de constituir defensor, el proceso y la prescripción de la pretensión punitiva quedarán suspendidos. Incluso las infracciones penales anteriores no son abarcadas por la nueva ley. Mencionado posicionamiento ya fue acogido por el Supremo Tribunal Federal³⁰³ y por el Superior Tribunal de Justicia³⁰⁴.

A su vez, Luiz Flávio Gomes, con opinión divergente a la presentada aquí, sostiene que *“deve retroagir a parte benéfica (processual garantista) e não retroagir a parte prejudicial (suspensão do curso da prescrição)”*.³⁰⁵ Se constata que, al adoptar esa línea, eso implicaría manifestación concreta de una combinación de leyes sucesivas (*“lex tertia”*), operación perfectamente admitida por los autores que la toman. También en este sentido se pronunció ya la jurisprudencia.³⁰⁶

En España, el régimen de las normas que reglamentan la prescripción del hecho punible y sanción penal, en lo que tiene que ver con los efectos de la retroactividad o irretroactividad, es objeto de varias controversias, con vistas a la doctrina que diverge sobre si referida temática posee naturaleza material o procesal. Recuerda Pablos de Molina que

el Tribunal Constitucional, en su sentencia 12/1991, de 28 de enero, se planteó la disyuntiva consistente en otorgar a la prescripción una naturaleza meramente *“procesal”*, fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca; o una naturaleza *“material”* o *“substantiva”*, fundada en principios de orden público, interés general o de política criminal que se

³⁰² JESUS, Damásio E. Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal, com redação da Lei nº 9.271/96. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 4, n. 42, p. 3, 1996.

³⁰³ HC 74.695-1/SP da Segunda Turma, DJU de 09/05/97, Relator Ministro Carlos Velloso.

³⁰⁴ STJ – 5ª T. – Resp. 2006.274 – Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca – j. 29/06/2000 – DJU 04/09/2000, p. 178.

³⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. Da retroatividade (parcial) da Lei 9.271/96 (citação por edital). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 4, n. 42, São Paulo, 1996. p. 4.

³⁰⁶ TACRIM-SP – HC – Rel. Eduardo Pereira – j. 10/10/1996 – RJD 33/336; TACRIM-SP – Rec. – Rel. Lagrasta Neto – j. 27/01/1997 – RJD 34/484.

reconducen al principio de necesidad de pena, insertado en el más amplio de intervención mínima del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*. A partir de sus sentencias 83/1989, de 10 de mayo, y 157/1990, de 18 de octubre, la prescripción ha ido cobrando progresivamente *substantividad y contenido material* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, inclinándose de modo abierto la STC. 63/2005, de 14 de marzo, del Alto Tribunal por la tesis de la naturaleza "*material*" –no meramente procesal– de la institución.³⁰⁷

³⁰⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Introducción al Derecho Penal...**, p. 897.

Capítulo 4

PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS

4 PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS

4.1 BIEN JURÍDICO: DIRECCIONES CONCEPTUALES

El análisis conceptual del bien jurídico constituye uno de los temas centrales de la dogmática penal, partiendo del presupuesto consolidado de que la función esencial y directa del Derecho Penal está relacionada con la tutela de los valores e intereses fundamentales de los individuos y de la comunidad. En esas líneas introductorias hay que registrar que no existe infracción penal, sea delito o falta, que no provoque lesión o, por lo menos, exponga a peligro de lesión algún bien jurídico, afirmación bautizada por la doctrina penal como principio de lesividad u ofensividad. Como dice Joachim Hirsch, *“el concepto de bien jurídico, a pesar de todas las imprecisiones que muestra, constituye una barrera frente a la irracionalidad y la vaguedad en el Derecho Penal y, con ello, una conquista irrenunciable”*.³⁰⁸

Por lo expuesto, resulta de fundamental importancia trazar una definición precisa del bien jurídico, aclarar qué bienes jurídicos son aquéllos que, en la supervivencia de los ilícitos penales, son afectados y, por último, señalar las principales funciones que ellos ejercen en el campo penal. De un modo particular, el análisis crítico de los aspectos jurídicos involucrados en el bien jurídico adquieren especial relieve, destaca Luiz Régis Prado,

em um momento em que se projeta uma reforma da parte especial do Código Penal brasileiro, quando a função político-criminal do bem jurídico constitui um dos critérios principais de individualização e de delimitação da matéria destinada a ser objeto da tutela penal.³⁰⁹

³⁰⁸ HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000. Obras Completas. Tomo II. p. 68.

³⁰⁹ RÉGIS PRADO, Luiz. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 19.

En un sentido genérico, el concepto “bien”, procedente del latín *bene*, representa todas las cosas materiales y objetos inmateriales que tienen valor o que pueden satisfacer al ser humano y, en consecuencia, son apetecidos y disputados por él. El análisis jurídico-penal de bien, es decir, objetos concretos de protección penal, surgió a través de una lenta elaboración doctrinal a partir del período del Iluminismo, principalmente por iniciativa de la ciencia jurídico-penal alemana, una vez que, antes de esa época, el delito era visto bajo una perspectiva esencialmente teológica, representando un comportamiento caracterizado como pecador, atentatorio a las directrices divinas, habiendo roto la filosofía penal iluminista con esa orientación ética y religiosa de las infracciones penales, pasando a concebirlas como un incumplimiento del contrato social preestablecido. Desde entonces, y bajo el liderazgo de Feuerbach, padre de la moderna doctrina penal, el delito fue esquematizado como una lesión a un derecho subjetivo del individuo o de la comunidad, representando el núcleo central de las infracciones penales, excluyendo absolutamente del campo penal cualquier tipo de hecho que se presentase meramente atentatorio desde el ángulo moral o reprobable bajo el prisma religioso, sentido que caracterizó el Derecho Penal teocrático y el período del absolutismo aclarado. Señala Feuerbach que

quien excede los límites de la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un delito. Por ende, delito es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal. Las injurias también son posibles fuera del Estado, pero los crímenes únicamente lo son dentro del Estado.³¹⁰

Puede percibirse como a partir de las tesis de Feuerbach se instauró un nuevo Derecho Penal, basado en la representación precisa del carácter dañoso social que debe ser reprimida y prevenida e, influenciado por Kant, proporcionó la separación entre Derecho y Moral, sacando la legitimidad del Derecho Penal de alcanzar finalidades de cuño religioso. Al Estado no le incumbe la tarea de formular

³¹⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Op. cit., p. 64.

juicios sobre la moral, ni tampoco de ser un escudo protector de la religión, haciendo que ambas materias sean asuntos de carácter meramente privado.

No obstante, según Manuel da Costa Andrade, en su interesante tesis doctoral en Ciencias Jurídico-Criminales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, “*a publicação em 1834 do artigo de BIRNBAUM, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, assinala o início da história doutrinal e político-criminal do conceito de bem jurídico*”.³¹¹ Representando una evolución de la doctrina iluminista, J. M. F. Birnbaum, superando la concepción individualista exacerbada verificada anteriormente, en lugar de poner como base sustantiva del hecho punible la lesión de un derecho subjetivo, se erige ahora como esencial la violación de cosas, radicadas en el mundo exterior, de suma importancia para las personas o la colectividad y que, por lo tanto, son valoradas como bienes jurídicos, transformándose así en la matriz legitimadora de la función punitiva estatal.

Alejándose considerablemente de los postulados del Iluminismo de un concepto material del delito visto como violación de derechos subjetivos innatos previos al derecho se encuentra la metodología positivista de Karl Binding, para quien la única fuente productora de los diversos bienes jurídicos es la norma, de modo que el instituto del bien jurídico no representa ningún obstáculo para las deliberaciones de criminalizar o descriminalizar del legislador, pues no constituyen un ente *a priori* de la producción legislativa, pero sí un producto de ella. Así, los bienes jurídicos son creados por el Derecho, cabiendo al legislador seleccionar los bienes dignos y necesidades de tutela penal. Armin Kaufmann, en su obra “*Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie (Normologik und moderne Strafrechtsdogmatik)*”, valioso trabajo sobre la teoría de las normas y el sistema jurídico-penal construido por el maestro alemán, señala que

aquellos bienes que están protegidos por las normas son llamados por Binding ‘bienes jurídicos’. Son ‘todo aquello que, en sí mismo, no es un derecho pero que, según el legislador, tiene valor como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuya conformación inmodificada y sin

³¹¹ COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 51.

perturbaciones tiene, según su opinión, un interés'. La protección es consecuencia del valor social para 'toda la comunidad viviente'. Por esta razón, los bienes jurídicos no deben ser considerados desde un punto de vista individualista y hay que separar claramente los bienes individuales de los de la comunidad. Sin embargo, la norma misma puede declarar como inviolable un bien que es objeto de un derecho privado, y proteger así a quien lo detenta.³¹²

Con una metodología diametralmente opuesta a la de Binding, Franz von Liszt parte de la idea de que bien jurídico

es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder del Estado, o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos. La necesidad crea la defensa y con el cambio de los intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos.³¹³

Es con relación a ese último aspecto que la doctrina de Liszt se aleja de la concepción de Binding, pues él suscita que es la propia realidad social la que elabora los intereses vitales de los individuos y de la colectividad, fijando los criterios y los límites de la política criminal, cabiendo al legislador, a través del ordenamiento jurídico, solamente reconocerlos y protegerlos como bienes jurídicos. Los bienes jurídico-penalmente protegidos y que constituyen el núcleo central del hecho punible son previos e independientes de la legislación penal, originándose de ahí la conocida tesis lisztiana de la estructura dicotómica de la ilicitud, vista bajo los aspectos formal y material. Según Liszt

el delito, en cuanto constituye una infracción (Unrecht), es, como el delito civil, un acto culpable CONTRARIO AL DERECHO. Esta REPROBACIÓN jurídica, que recae sobre el acto, es doble. 1. El acto es formalmente contrario al derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. 2. El

³¹² KAUFMANN, Armin. **Teoría de las Normas**. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 14.

³¹³ VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Reus, 1927. Tomo Segundo, p.2.

acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una CONDUCTA CONTRARIA A LA SOCIEDAD (antisocial).³¹⁴

Importantes apuntes conceptuales con respecto al bien jurídico hace igualmente Hans Welzel, partiendo de la concepción de que la norma jurídica nace en virtud del mismo, atribuyendo al Derecho Penal una función ético-social de tutela de los valores elementales de la vida de la comunidad. Afirma Welzel que

el derecho penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), determinando para su lesión consecuencias jurídicas (el desvalor del resultado). Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el desvalor del resultado con la punición del desvalor del acto. Con ello asegura la vigencia de los valores positivos ético-sociales de actos, tales como el respeto por la vida ajena, la salud, la libertad, la propiedad, etc. Esos valores, que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho, constituyen el substrato ético-social de las normas del derecho penal. El derecho penal asegura su real observancia determinando pena para quienes se apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales. La misión central del derecho penal reside, entonces, en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano.³¹⁵

De este modo, el Derecho Penal, al conminar sanciones a los comportamientos que se desvían de sus reglas, está simultáneamente protegiendo los bienes jurídicos y asegurando la indispensable fidelidad con el Estado. Más allá de tutelar los bienes jurídicos individuales constituye una finalidad prevalente del Derecho Penal, de naturaleza positivo-ético-social, el preservar la observancia y validez real de las concepciones valorativas en consonancia con el pensamiento jurídico.

En esas breves ilaciones sobre la evolución doctrinal acerca del sustrato y del significado dogmático del concepto de bien jurídico en el Derecho Penal no podemos dejar de hacer referencia a la cara negativa verificada con la llamada “*Kieler Schule*”,

³¹⁴ VON LISZT, Franz. Op. cit., p. 323-324.

³¹⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal...**, p. 2-3.

que bajo el liderazgo de Friedrich Schaffstein y Georg Dahm propusieron en una fase inicial el abandono de la idea del bien jurídico como criterio fundamental para la concretización del hecho punible, propia de un Derecho Penal procedente del liberalismo contractual, dislocando la esencia del ilícito penal para la concepción indeterminada de la “infracción de deber”, es decir, en la voluntad rebelde del sujeto frente a la voluntad estatal. Así se proyectó el llamado Derecho Penal de la voluntad (“*Willensstrafrecht*”) o Derecho Penal del autor (“*Täterstrafrecht*”), base dogmática del sistema jurídico autoritario instaurado en Alemania en el período del Nacionalsocialismo. Afirma Miguel Polaino Navarrete, en uno de los estudios científicos más completos y elaborados acerca del análisis del bien jurídico, que por las directrices sistemáticas del “*Täterstrafrecht*”, “*se reconoce como núcleo esencial del hecho punible, no la realización típica concerniente a determinados bienes y valores merecedores de tutela penal, sino el desvalor jurídico referido al espíritu reprobable del sujeto*”.³¹⁶ Mediante tales directrices se evidenció una ruptura con el dogma del bien jurídico, por representar un obstáculo a la expansión de la política criminal nazi, afirmando Schaffstein (“*Politische Strafrechtswissenschaft*”, 1934) que la esencia del delito pasaba a advenir de la contrariedad subjetiva al deber jurídico o, como sostiene Dahm (“*Gemeinschaft und Strafrecht*”, 1935), en la rebelión anímica contra la comunidad. Con eso refuerza Gonzalo D. Fernández, “*el injusto se conforma como una contrariedad personal a deber, que expresa la hostilidad espiritual del autor hacia la comunidad*”.³¹⁷

Modernamente, con la entrada de las líneas sociológicas funcionalistas (principalmente las ideas provenientes de Niklas Luhmann) en el ámbito del Derecho Penal, las cuales adquirieron total solidez a partir de los años noventa del siglo XX, particularmente con las orientaciones teleológico-valorativas de normatización de las categorías del sistema teórico acerca del hecho punible, desvinculadas de cualquier enfoque ontologista, formuladas por Günther Jakobs (dirección funcionalista radical o funcionalismo estratégico) y por Claus Roxin (postura funcionalista moderada o funcionalismo teológico), la cuestión conceptual sobre el bien jurídico pasó a tener

³¹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel. El Bien Jurídico en el Derecho Penal. **Anales de la Universidad Hispalense**, Sevilha, Publicaciones de la Universidad de Sevilha, 1974. p. 164.

³¹⁷ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Montevideo: Editorial B de F, 2004. p. 32.

nuevas faces. Aclara Tomás Vives Antón que *“común a todas las direcciones que se denominan funcionalistas es contemplar la función de la norma y, con ella, los conceptos categoriales de la teoría del delito desde la pena”*.³¹⁸

Para Jakobs, el Derecho Penal no está dirigido a la tutela de bienes jurídicos en los modelos que hemos visto, sino a asegurar el vigor de las normas que son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado, fortaleciendo la expectativa de que los ciudadanos actuarán conforme a sus mandamientos legales, es decir, en sintonía con las atribuciones personales que ejercen en la colectividad y que son imprescindibles para el funcionamiento de la vida social. Y, de este modo, Jakobs señala que *“se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal”*.³¹⁹ Con ello, la esencia del delito no está en la lesión a un bien (vida, integridad física, patrimonio, etc.), sino en la infracción de una función, es decir, en la decepción ante la expectativa general que se tiene de que la persona va a actuar en consonancia con su papel, frustración que representa algo socialmente disfuncional, por cuestionar la confianza institucional en el sistema. De forma que, por ejemplo, en el delito de homicidio, lo que representa una ofensa al bien jurídico-penal no es la provocación de una muerte, algo que constituye simplemente la lesión de un bien, sino la violación de la norma. Apuntan Juan José Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée que Jakobs *“critica la teoría del bien jurídico porque, según lo entiende él, caracteriza a las personas por la posesión de un bien y porque la sociedad no puede ser representada por la suma de bienes jurídicos”*.³²⁰ Por lo tanto, el bien jurídico-penal pasa a ser la validez fáctica de las normas, que se ve flaca cuando mediante el comportamiento delictivo del sujeto infractor se manifiesta la correspondiente falta de consideración con sus contenidos legales protectores de bienes, haciendo que la pena impuesta por el Estado simbolice el mantenimiento y la

³¹⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1996. p. 435.

³¹⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. Parte General, p. 45.

³²⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2006. Parte General. p. 76.

cohesión de la estructura y el sistema social, así como la confirmación del vigor del ordenamiento jurídico, devolviendo al ciudadano honesto el sentimiento de confianza en el sistema (teoría preventivo-positiva o función de prevención integradora de la pena). Desde esa óptica, el Derecho es un instrumento de estabilidad social, orientación de conductas e institucionalización de las diversas expectativas, asegurando la confianza general de los ciudadanos.

Ya Roxin postula la programación de una unidad sistemática entre el Derecho Penal y la Política Criminal, de forma a proporcionar decisiones valorativas y a modelar todas las categorías del concepto analítico del hecho punible a partir de la teoría de la pena. Bajo el punto de vista material, lo injusto es entendido como lesión de un bien jurídico, siendo la principal misión del Derecho Penal el proveer una tutela subsidiaria de los bienes jurídicos, excluyéndose de su repertorio los aspectos que vengan a significar meras inmoralidades. La política criminal ejerce una función de límite interno de la dogmática, que a su vez pasa a ser referida a valores, o sea, a un sistema teleológico, de forma a hacer posible al Derecho Penal resolver problemas concretos. La noción de bien jurídico se obtiene desde la perspectiva del engranaje social, de modo que lo que sea concebido como provechoso para el desarrollo de los ciudadanos o para el sistema en sí puede venir a ser así clasificado y tutelado de forma fragmentaria y subsidiaria por el Derecho Penal, es decir, cuando fallen otros medios de solución social del problema, haciendo que la pena sea "*ultima ratio* de la política social". Con eso, afirma Roxin,

los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a 'circunstancias dadas y finalidades' en vez de a 'intereses' de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa.³²¹

³²¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 2006. Parte General. Tomo I. p. 56.

Como punto de partida en el proceso de definición de los bienes jurídicos se debe reconocer que el legislador está restringido previamente por los principios establecidos en la Constitución, basados en la libertad del individuo, mediante los cuales son señalados los límites del poder punitivo del Estado. Además de eso, entiende Roxin que las conminaciones penales arbitrarias, incluso aquéllas dirigidas a la protección de finalidades ideológicas, no serían auténticas y legítimas normas tuteladoras de bienes jurídicos, siendo, por lo tanto, inadmisibles. Concluye Roxin que

de ese modo es cierto que del concepto de bien jurídico no se desprende nada que no se pudiera derivar ya de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales aun sin tal concepto; pero el mismo anuda los múltiples resultados de aquéllos y obliga a someter de antemano todo precepto penal a la luz de las limitaciones constitucionales.³²²

A partir de las observaciones aquí expuestas se nota la ausencia de un concepto homogéneo de bien jurídico, habiendo uniformidad en la doctrina penal, en la cual, según Bustos Ramírez, “*están de acuerdo tirios y troyanos*”³²³ únicamente sobre la circunstancia incuestionable de que el aspecto fundamental de los hechos está en la constatación de que constituyen comportamientos que causan lesión o que amenazan con causar lesión a bienes jurídicos. De ese modo, subraya Silvio Ranieri, “*tutti i reati, sia delitti sia contravvenzioni, hanno un oggetto giuridico, che si ricava considerando le norme incriminatrici dal punto di vista sostanziale*”.³²⁴

Destacando la importancia del principio de ofensividad, es decir, de que no hay infracción penal sin ofensa a un bien jurídico, los penalistas italianos Giorgio Marinucci y Emilio Dolcini afirman que

questo principio vincola sia il legislatore che l'interprete: il legislatore deve configurare i reati come altrettante forme di offesa a un bene giuridico, nel senso che può attribuire rilevanza penale soltanto a fatti che comportano la lesione o, almeno, l'esposizione a pericolo di un bene giuridico; l'interprete è

³²² ROXIN, Claus. Derecho Penal. Ob. cit., p. 57.

³²³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal**. Santiago: Jurídica Ediar-Conosur, 1978. p. 88.

³²⁴ RANIERI, Silvio. **Manuale di Diritto Penale**. Padova: Casa Editrice Dott, Antonio Milani – CEDAM, 1956. Volume Primo. Parte Generale. p. 105.

tenuto a ricostruire i singoli tipi di reato con l'aiuto del criterio del bene giuridico, estromettendo dal fatto di reato i comportamenti non offensivi del bene tutelato dalla norma incriminatrice.³²⁵

Sin embargo, no debe olvidarse que el delito, por ser una estructura jurídica compleja, no puede ser visualizado solamente como ofensa a bienes jurídicos, que se constituye, según Jescheck, en la “*piedra angular de la estructura de los tipos*”.³²⁶ La referida noción se debe necesariamente contextualizar en las categorías analíticas de la acción, de la tipicidad, en su cara objetiva y subjetiva, de la ilicitud y de la culpabilidad, explicitadas por la Teoría General del Delito, mediante la interpretación sistematizada de la legislación penal.

4.2 OBJETO JURÍDICO, OBJETO MATERIAL E INSTRUMENTO DEL DELITO

Cabe destacar que la doctrina penal establece la distinción entre objeto material y objeto jurídico del delito. Con su peculiar claridad, informa Santiago Mir Puig que

el primero se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, por lo que también se conoce como “objeto de la acción”. Puede coincidir con el sujeto pasivo (por ejemplo, en el homicidio o en las lesiones), pero no es preciso (ejemplo: en el delito de hurto es la cosa hurtada, mientras que el sujeto pasivo es la persona a quien se hurta). El objeto jurídico equivale al bien jurídico, es decir el bien objeto de la protección de la ley. No equivale al objeto material. Ejemplo: en el delito de hurto el objeto jurídico es la propiedad de una cosa, en tanto que el objeto material es la cosa hurtada.³²⁷

Mediante un análisis de las normas penales incriminatorias se constata que el objeto material del delito se encuentra en el propio enunciado legal, mientras que el objeto jurídico se relaciona con el contenido valorativo del tipo penal. Además de eso, Walter Coelho llama la atención que “*cumprе não confundir o objeto material do*

³²⁵ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso de Diritto Penale**. Milano: Giuffrè, 2001. p. 449.

³²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal...**, p. 353.

³²⁷ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal...**, p. 224.

crime com o “instrumento” do crime, que é qualquer coisa material de que se vale o sujeito ativo para praticar a ação delituosa”.³²⁸

La noción jurídica del objeto material se pone de relieve en la apreciación del instituto del delito imposible, el cual está disciplinado en el art. 17 del Código Penal brasileño en los siguientes términos: “*não se pune a tentativa quando por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*”. Cuando el Código menciona la “*absoluta impropriedade do objeto*” está, aunque en silencio, refiriéndose lógicamente al objeto material, que cuando es impropio genera una de las formas de manifestación del delito imposible. Son situaciones, explica Enrique Bacigalupo, en las cuales

la acción recae sobre un objeto que no permite la consumación o en los que el objeto falta totalmente. Ejemplo, practicar un aborto en una mujer no embarazada, el que, creyendo que apuñala a su enemigo, clava el puñal en la almohada que confunde con él, que había salido de casa varias horas antes.³²⁹

Sin embargo, en el Código de Tránsito Brasileño (Ley 9503/97) existe una situación en la que el legislador ha terminado por incriminar una típica situación de delito imposible, por la absoluta impropiedad del objeto. Dispone el art. 304 de la mencionada legislación que constituye delito “*deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública. Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave*”. A su vez, y es aquí donde se encuentra a nuestro juicio el punto central de lo alegado anteriormente, el párrafo único de la misma disposición enuncia: “*incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves*”. Véase que en el presente delito se plantea la hipótesis de omisión de socorro en la esfera de los accidentes de tráfico,

³²⁸ COELHO, Walter. **Teoria Geral do Crime**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1991. v. I., p. 60.

siendo una infracción penal propia o especial, pues la obligación de prestar socorro es solamente la del conductor del vehículo involucrado en el hecho, pero que no sea el culpado por el evento. Las demás personas que estuviesen cerca del lugar de lo sucedido, es decir, otros conductores o peatones totalmente desvinculados del hecho también están obligadas a prestar socorro, pero en los términos del art. 135 del Código Penal, que define la omisión de socorro genérica, la cual sin embargo estipula los mismos límites penales que están atribuidos al delito del art. 304 del Código de Tránsito. Cabe destacar que si el conductor del vehículo fuera el causante de la muerte o de lesión corporal en la víctima, por razón de inobservancia del deber de ciudadano, manifestado por imprudencia, negligencia o impericia, responderá por homicidio culposo (art. 302, § único del Código de Tránsito) o por lesión corporal culposa (art. 303, § único del Código de Tránsito) en la conducción de automotor, siendo que, para ambas modalidades, con la respectiva causa de aumento de pena (mayorante), por la omisión de socorro. Pero el problema dogmático se localiza, como hemos destacado, en el párrafo único del art. 304 del Código de Tránsito, en la parte que establece que incide en las penas previstas en ese artículo el conductor del vehículo *“ainda que se trate de vítima com morte instantânea”*. Como la víctima murió de forma inmediata como consecuencia del hecho, no tiene sentido exigir del conductor del vehículo la prestación de socorro, pues lógicamente no cabe prestar auxilio a un cadáver, siendo a nuestro entender un típico caso de delito imposible, por absoluta impropiedad material del objeto (art. 17 del Código Penal), pero que fue elevada por el legislador brasileño a la situación de punibilidad cuando redactó el párrafo único del art. 304 del Código de Tránsito, dando lugar de este modo a un vehemente defecto técnico normativo. En el mismo sentido se encuentra la opinión de Fernando Capez cuando afirma categóricamente que *“temos aqui a previsão legal de um crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, que o torna inaplicável”*.³²⁹ Ya en la visión de Guilherme de Souza Nucci, *“haveria condições de punir o condutor se o ofendido (morto instantaneamente) deixar de ser socorrido, mas não houver certeza acerca da sua morte. Essa é uma hipótese viável, uma vez*

³²⁹ BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la Teoría del Delito**. Buenos Aires: Astrea, 1978. p. 109.

³³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Legislação Especial. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4. p. 295-296.

que a obrigação de ser solidário é um dos fundamentos de existência do tipo penal de omissão de socorro (art. 304, Lei 9503/97; art. 135, CP)”.³³¹

En el Derecho Penal español, esa temática está disciplinada en el Título IX del Código Penal de 1995, que versa sobre “la omisión del deber de socorro”, específicamente en el art. 195, con la siguiente redacción:

1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses. 2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno. 3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años.

De esta manera, la disposición contiene en su primera parte una forma de conducta omisiva simple, pura o propia, en la que la responsabilidad penal del sujeto viene del mero no hacer, o sea, del no socorrer cuando era posible hacerlo con un mínimo de eficacia, dando oportunidad, de ese modo, para la anulación, neutralización o cambio positivo de la situación de riesgo. Pero el centro de la cuestión aquí suscitada y que nos ha llevado a abrir este espacio de debate en el presente título, según Bernardo del Rosal Blasco, es que,

en numerosas resoluciones (SSTS de 30 de mayo de 1973, 2 de noviembre de 1979, 17 de septiembre de 1980, 6 de octubre de 1989, 5 de diciembre de 1989, 8 de marzo de 1990, 20 de diciembre de 1991, 8 de junio de 1992, 13 de octubre de 1992 y 25 de octubre de 1993, entre otras), bajo la vigencia del CPTR 73, el Tribunal Supremo ha aplicado la figura del delito imposible o tentativa inidónea cuando la víctima está muerta y tal situación la ignora el omitente que, sin embargo, aun creyendo que la víctima precisa ayuda, no presta el socorro que le era exigible. Desde nuestro punto de vista, estos supuestos de error inverso sobre el tipo se deben valorar como una tentativa absolutamente inidónea, por ausencia permanente de objeto

³³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 848.

material, que se deben de considerar, a la vista de la regulación del nuevo CP, impunes.³³²

Sobre el tema señala también Miguel Olmedo Cardenete: “a nuestro juicio, allí donde el fallecimiento o la inutilidad del auxilio a la víctima sea notorio y evidente para cualquier persona, con independencia de si posee o no conocimientos técnico-sanitarios, no puede ser viable la punición de una tentativa inidónea por omisión del deber de socorro”.³³³

Sobre el objeto jurídico, por regla general los delitos son “mono-ofensivos”, es decir, causan lesión o exponen a peligro de lesión un único bien jurídico, por ejemplo, el homicidio (art. 121 del CP), la lesión corporal (art. 129 del CP) y el hurto (art. 155 del CP). No obstante, algunos hechos punibles se manifiestan como delitos “pluriofensivos”, o sea, aquéllos que, señala Fernando de Almeida Pedroso, “*no seu cometimento, envolvem obrigatoriamente, pela própria composição estrutural, ofensa a diferentes e diversos bens jurídicos penalmente tutelados, fora do binômio gênero-espécie*”.³³⁴ Constituyen ejemplos de esa categoría los delitos de robo (art. 157 del CP), el cual cuando es perpetrado atañe al patrimonio y a la integridad física de la víctima, así como el delito de violación (art. 213 del CP), que ofende no sólo la libertad sexual del ofendido, sino, sobre todo, su cuerpo y mente.

³³² ROSAL BLASCO, Bernardo del; CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel; et al. **Compendio de Derecho Penal Español** (Parte Especial). Madrid: Marcial Pons, 2000. p 261.

³³³ OLMEDO CARDENETE, Miguel. La inidoneidad del objeto en casos de omisión del deber de socorro en accidentes de tráfico. Especial referencia a su tratamiento jurisprudencial. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (Aspectos penales, civiles y procesales)**. Madrid: Dykinson, 2007, p. 170.

³³⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito Penal...**, p. 55.

4.3 FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO

4.3.1 Función de Garantía

En el inicio de este capítulo hemos hecho mención a la necesidad de apuntar las funciones del bien jurídico para el Derecho Penal. Y, también, en este campo, observa Maurício Antônio Ribeiro Lopes,

a doutrina do bem jurídico tampouco é unânime na identificação de suas funções dentro do sistema penal, não havendo senão indicações mais ou menos complexas dos autores sobre os possíveis reflexos da noção do bem jurídico-penal na estruturação do sistema punitivo.³³⁵

De pronto cabe destacar la *función de garantía*, de graduación político-criminal, ejercida por el bien jurídico-penal, expresada en la concepción de que constituye un ente que contiene la actuación punitiva estatal, al determinar que se establezcan sanciones penales solamente para aquellas conductas que vengan efectivamente a lesionar o exponer a peligro genuinos bienes jurídicos, haciendo que el principio “*nullum crimen sine iniuria*” pase a representar uno de los pilares de un Derecho Penal de un Estado de Derecho y de características garantizadoras. Con base en esta línea, Bustos Ramirez enfatiza que

el bien jurídico surge así como un límite material claro a la actividad del Estado. Éste solo puede señalar injustos penales que tengan como base un bien jurídico, que debe estar de tal manera precisado que permita la participación crítica de los ciudadanos en su fijación y revisión. De este modo se puede impedir una legislación penal arbitraria o bien autoritaria por parte del Estado.³³⁶

La construcción legislativa de tipos penales que no representen una lesión efectiva o potencial de un bien jurídico daría lugar a que tuviésemos un ordenamiento jurídico-penal dirigido, no a la reprobación de hechos, sino a la

³³⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 338.

³³⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al Derecho Penal**. Santiago: Jurídica Ediar-Conosur, 1989. p. 30.

punición de sujetos por su modo de ser o de pensar, siendo totalmente inconstitucional cualquier tipo de pretensión de utilizarse un Derecho Penal de connotación preventiva en el sentido de penar a alguien por el modo de vida, por motivos ideológicos o morales, o por la manera de pensar. Frente a esto sufragamos la enseñanza de Bustos Ramirez cuando afirma que constituye un ejemplo claro de esa situación, de flagrante infracción al principio de ofensividad o lesividad o del “*nullum crimen sine iniuria*”, propio de un Derecho Penal garantizador,

el castigo de los delitos de peligro abstracto y la punición de la tentativa imposible. Por mucho que AMELUNG trate de encontrar un bien jurídico en el delito de peligro abstracto, éste está tan mediatizado, que no hay ninguna posibilidad de su afección real, como que justamente se prescinde de ella, mal entonces se puede hablar en tal caso de desvalor de acto - salvo si se le considera como desvalor de conciencia, no surgido del bien jurídico -, y menos aún de desvalor de resultado. En la tentativa imposible tampoco existe una relación con un bien jurídico preciso y concreto, ni siquiera mediatamente, y por ello WELZEL tiene que hablar de que aquí se trata del “ordenamiento como poder configurador del orden”.³³⁷

4.3.1.1 Los delitos de peligro abstracto

Los delitos de peligro son aquéllos que no causan la destrucción de un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, pero que sin embargo representan una probabilidad de daño. A su vez, los delitos de daño son aquéllos en los que la consumación ocurre cuando se produce la efectiva lesión del bien jurídico. Informa Zaffaroni que “*estas dos formas de afectación dan lugar a una clasificación de los tipos penales en tipos de daño y tipos de peligro*”.³³⁸

Pero lo que nos importa a nosotros en este momento es la caracterización de una modalidad de tipo de peligro, la cual sea el peligro relativo a los delitos de peligro abstracto, como forma de infracción al principio de lesividad. Conforme enseña Francesco Antolisei, en su obra intitulada “*L`Azione e L`Evento nel Reato*”,

³³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal...**, p. 90.

³³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal...**, p. 404.

existiría este peligro cuando la probabilidad del resultado antijurídico existe sin tener en cuenta las especiales circunstancias del hecho aislado; cuando no debe en todo caso ser demostrada como existente en las circunstancias peculiares del hecho mismo. En otros términos, el peligro abstracto sería un peligro genérico e indeterminado, que en el caso especial puede encontrarse o no: que no interesa que sea encontrado o no, mientras que el peligro concreto debería en todo caso existir y ser demostrado.³³⁹

Por lo tanto, la referida modalidad se da en las hipótesis en que la conducta no presenta probabilidad efectiva de daño al bien jurídico, pero el ordenamiento jurídico lo presume "*juris et de jure*", sin necesidad de que se haga prueba cabal de su supervivencia, siendo suficiente la realización del comportamiento para la caracterización de la infracción penal. Con ello la tarea de acusación se torna extremadamente simplificada, pues le compete solamente demostrar la práctica de los actos ejecutorios por parte del sujeto, dándose la presunción de que hubo peligro para el bien jurídico. Así, si un sujeto confiesa que realizó una conducta caracterizada como un ilícito penal de peligro abstracto, éste ingresa ya en el proceso como condenado, restringiéndose la garantía constitucional del contradictorio y de la amplia defensa. Y ello porque no se le permite demostrar la inofensividad de la acción con respecto al bien jurídico-penalmente tutelado, igualmente a la eventual circunstancia de que no previó o no podía prever la naturaleza peligrosa del resultado, afectando así también, de sobremanera, los principios constitucionales elementales de lesividad, de culpabilidad, de subsidiariedad, de responsabilidad personal y de la presunción de inocencia.

En tales situaciones, enfatiza el penalista uruguayo Raul Cervini,

se penaliza 'el peligro de peligro', con el agravante de que el marco de punibilidad puede extenderse a través de los mecanismos amplificadores del tipo (casos de peligro remoto). No obstante, la crítica más grave radica en que, tratándose de una presunción absoluta, impide ejercer la posibilidad de exonerar el reproche penal en aquellos casos en que no haya existido tal peligro. Esto implica una afectación radical del derecho de defensa incompatible con un derecho penal garantizador.³⁴⁰

³³⁹ ANTOLISEI, Francesco. **La Acción y el Resultado en el Delito**. Ciudad del México: Jurídica Mexicana, 1959. p. 202-203.

³⁴⁰ CERVINI, Raul. **Los Procesos de Descriminalización**. Montevideo: Universidad, 1991. p. 102.

Tales preocupaciones se están desarrollando en las últimas décadas, especialmente por el hecho de que el Derecho Penal ha sido convocado para afrontar los nuevos riesgos a que la sociedad globalizada está expuesta, de modo que, para atender a esa demanda, constata Roland Hefendehl,

la mayoría de los tipos delictivos creados recientemente por el legislador penal responden a la figura de los delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos. Este es el caso de los tipos penales que protegen el medio ambiente, de los que castigan el blanqueo de capitales o de los delitos de terrorismo o pertenencia a banda armada.³⁴¹

En Brasil, Luiz Flávio Gomes, adoptando también una posición crítica y garantizadora, concluye, con perspicacia, que

permitir que haja intervenção estatal na esfera de liberdade da pessoa com uma mera presunção legal de perigo, isto é, sem a efetiva demonstração de perigo concreto para algum bem jurídico ou de uma situação concreta de perigo capaz, em tese, de lesar algum bem jurídico significa inverter autoritariamente a ordem jurídica e fazer “tabula rasa” ao espírito e à letra da Magna Carta, que tem na dignidade da pessoa humana um dos seus pilares básicos.³⁴²

En la legislación penal brasileña, un ejemplo de infracción penal caracterizada como de peligro abstracto es la contravención penal de la “*falta de habilitação para dirigir veículo*”, tipificada en el art. 32 del Decreto-ley n. 3688/41 (Ley de Contravenciones Penales), en los siguientes términos: “*dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas: Pena- multa*”. Se trata de una falta dirigida a tutelar la incolumidad pública, en el aspecto de seguridad del tránsito, estando caracterizada, aunque con algunas decisiones judiciales y doctrinales en contrario, con la simple constatación de conducta del sujeto, una vez que el peligro se presume de forma absoluta. Sin embargo, en el año 1997 surgió el Código de Tránsito Brasileño, el cual en su art.

³⁴¹ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 04-14, 2002. Disponible en internet: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Accedido en: 04 jul 2005.

³⁴² GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal...** p. 75.

309 disciplinó situación similar a la del art. 32 de la Ley de las Contravenciones Penales. Dispone el art. 309 de la “*novatio legis*” que “*dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas- detenção, de seis meses a um ano, ou multa*”.

Analizando ese concurso de normas incriminatorias, Damásio de Jesus entiende que

o art. 32 da LCP, que define a contravenção de direção sem habilitação, foi derogado pelo art. 309 do CT. Tratando-se de falta de habilitação para dirigir veículo automotor, como automóvel, caminhão, motocicleta etc., há crime, aplicando-se o art. 309 do CT. Cuidando-se, entretanto, de embarcação a motor, existe contravenção, incidindo o art. 32 da LCP.³⁴³

Así, por esa interpretación, el simple comportamiento de conducir vehículo a motor sin carnet de conducir constituye una mera infracción de naturaleza administrativa, no habiendo una incidencia de cualquier norma penal incriminatoria al no ponerse en riesgo la seguridad pública en lo que tiene que ver con la circulación de vehículos. En caso contrario se estaría lesionando el principio de ofensividad. Sin embargo, si de esa conducta se originase un peligro de daño, es decir, si el motorista conduce de forma anormal y genera un estado de peligro colectivo se daría la supervivencia del hecho típico delictivo catalogado en el art. 309 del Código de Tránsito. En el mismo sentido se posicionan Fernando Capez y Victor Eduardo Gonçalves, alegando que “*punir quem sabe dirigir, mas não possui habilitação, na grande maioria das vezes devido à falta de recursos financeiros para tanto, constitui excessivo rigor da lei (aplicável até há pouco tempo), que, em verdade, serve apenas para macular a folha de antecedentes do condutor*”.³⁴⁴ Acogiendo esta hermenéutica, la 6ª Turma del Superior Tribunal de Justicia, a través del Relator Ministro Vicente Real, decidió que

³⁴³ JESUS, Damásio de. **Crimes de Tránsito**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 182.

³⁴⁴ CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Aspectos Criminais do Código de Tránsito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 61.

o ato voluntário de dirigir veículo automotor sem possuir a Carteira de Habilitação, antes definido como contravenção penal, recebeu novo tratamento jurídico após a edição do novo CTB, que deu-lhe novo conceito: a) se tal postura não acarretar efetivo perigo de dano, com demonstração objetiva dessa potencialidade, o fato consubstancia mera infração administrativa; b) se demonstrado o perigo, o fato é definido como crime (art. 309). Não tendo a conduta do réu ocasionado efetivo perigo de dano, extinta estará a punibilidade pela abolitio criminis.³⁴⁵

Pero, como no podría ser de otra manera, aquí también existen controversias. Profetizando un pensamiento opuesto, el profesor Carlos Ernani Constantino aduce que

o crime previsto no art. 309 do CTB, ao trazer em si a expressão gerando perigo de dano, está a indicar, claramente, uma situação de perigo concreto, ao passo que a contravenção do art. 32 da LCP é de perigo abstrato. Assim, caso o agente venha a dirigir um veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão ou habilitação, mas causando um perigo concreto (uma forte probabilidade de ocorrência de dano) às pessoas – como na hipótese de passar, com seu automóvel, rente a pedestres (isto é: tirando uma “fina”) -, incorrerá no crime do art. 309 do CTB e nas sanções administrativas; se, porém, o infrator conduzir um veículo, na via pública, sem a devida habilitação, mas gerando apenas um perigo abstrato, intuitivo e genérico, à coletividade (ou seja, sem criar uma situação de risco real e imediato às pessoas no tráfego), responderá pela contravenção do art. 32 da LCP, sem prejuízo das sanções administrativas, como já acontecia no Código de Trânsito Anterior: a responsabilidade penal independe da administrativa.³⁴⁶

Por esa orientación, la finalidad del legislador al elaborar el art. 309 del Código de Tránsito fue la de dar un tratamiento penal más enérgico para reprimir una acción más grave, o sea, la que provoca una situación de peligro concreto, manteniendo el antiguo art. 32 de la Ley de Contravenciones Penales para sancionar las conductas más blandas que ocasionan meramente un peligro abstracto. El Superior Tribunal de Justicia, a través de su 5ª **Turma**, teniendo como Relator el Ministro Jorge Scartezzini, ya dictó una decisión en el sentido de que “a contravenção penal ‘dirigir sem habilitação’, prevista no art. 32, da LCP, não foi

³⁴⁵ STJ – Resp 231.507 – SP – 6ª T. – DJU 18.09.2000.

³⁴⁶ CONSTANTINO, Carlos Ernani. Direção Inabilitada de Veículo: O Artigo 32 da LCP e o Novo Código de Trânsito. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano I, n. 4, p. 82, 2000.

revogada pelo art. 309, da Lei 9503/97 (CTB). Este versa sobre perigo concreto, e aquele, sobre perigo abstrato. As duas figuras são distintas e coexistem perfeitamente".³⁴⁷ A su vez, el Supremo Tribunal Federal se pronunció acerca del tema a través de la Súmula 720, manifestando que "*o art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que reclama decorra do fato perigo de dano, derogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres*".

Independientemente del camino exegético que se adopte sobre el tema, lo cierto es que el art. 309 del Código de Tránsito Brasileño no abrogó el art. 32 de la Ley de Contravenciones Penales que, de esa forma, con mayor o menor amplitud, sigue siendo utilizado en algunas situaciones fácticas. Lo que no podemos aceptar de ninguna manera, pues afecta a varios principios fundamentales del Derecho Penal, especialmente el de ofensividad y el de presunción de inocencia, es que la apuración de la mencionada contravención sea lastrada por las ideas abominables del peligro abstracto y de la presunción de culpa. Esas nociones son totalmente incompatibles con un Derecho Penal moderno que censura de forma vehemente el empleo de presunciones legales, especialmente lo atinente al peligro de daño, que proporciona la manifestación de un Derecho Penal de terror, de connotación autoritaria, al permitir la represión penal de sujetos por la simple verificación de la desobediencia al mandamiento legal, es decir, con la mera constatación de la tipicidad formal. Se contraviene de ese modo la premisa básica, destacada por Zaffaroni, de que "*la afectación del bien jurídico (por lesión o por peligro) en algún momento debe comprobarse, porque es un requisito indispensable para que haya tipicidad*".³⁴⁸

Al establecerse que la situación de peligro se presume de forma absoluta, eso da lugar a que el acusador no necesite demostrar que la conducta del acusado lesionó o expuso a peligro el bien jurídico para caracterizar su culpabilidad, siendo suficiente la medición de la conducta en sí, contrariando así el paradigma jurídico elemental de que "*tout homme étant présumé innocent*", insertado en el art. 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y que se

³⁴⁷ STJ – Resp 221.610 – SP – 5ª T – DJU 19.06.2000.

³⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 1981. Tomo III. p. 232.

encuentra reproducido en el art. 5º, LVII, de la Constitución Federal brasileña, cuando enuncia que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Así observan, con propiedad, Cobo del Rosal y Vives Antón, que

en el plano del Derecho penal sustantivo, la presunción de inocencia representa un límite frente al legislador. En virtud de ese límite, y dada la naturaleza constitucional del mismo, serán nulos los preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad.³⁴⁹

4.3.2 Función Sistemática

Es con base en el bien jurídico que es lesionado, es decir, por el criterio de objetividad jurídica, prevalente en las legislaciones penales de todo el mundo, que los tipos legales incriminatorios están ordenados en la Parte Especial de los Códigos penales, motivando así su “función sistemática”. El criterio de objetividad jurídica trae la necesaria orden y funcionalidad al ordenamiento jurídico, facilitando el trabajo de los operadores del Derecho. Como registra muy bien Magalhães Noronha,

a classificação sistemática dos delitos é um dos mais sólidos elementos com que pode contar a hermenêutica. Sem ela, o intérprete mover-se-ia com indecisão e incerteza, na busca do bem tutelado, objeto de interpretação finalística ou teleológica, de todas a mais importante.³⁵⁰

Así, la Parte Especial del actual Código Penal Brasileño, que va del art. 121 al art. 361, se divide en once Títulos, que se subdividen a su vez en capítulos y, a veces, en secciones, distribuídos en el siguiente orden: Título I – De los delitos contra la persona; Título II – De los delitos contra el patrimonio; Título III – De los delitos contra la propiedad inmaterial; Título IV – De los delitos contra la organización del trabajo; Título V – De los delitos contra el sentimiento religioso y contra el respeto

³⁴⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 97.

³⁵⁰ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2, p. 8.

a los muertos; Título VI – De los delitos contra las costumbres; Título VII – De los delitos contra la familia; Título VIII – De los delitos contra la incolumidad pública; Título IX – De los delitos contra la paz pública; Título X – De los delitos contra la fe pública y, por último, Título XI – De los delitos contra la administración pública.

En los Títulos son agrupadas de forma armónica y racional las normas penales incriminatorias, conforme al presupuesto de la objetividad jurídica, facilitando la actividad del intérprete en la localización del tipo penal que corresponda a la definición legal del hecho objeto del análisis. Como explica Mariano Jimenez Huerta,

dentro de un mismo título, rubro o familia de tipos delictivos se agrupan diversas especies, que si bien protegen el mismo bien jurídico, contemplan diversos aspectos fácticos que a la tutela del expresado bien jurídico pueden afectar, pues en otro caso carecería de razón de ser esta pluralidad de tipos penales protectores de un mismo bien jurídico. La simple observación de los tipos de delito recogidos en un mismo título, rubro o familia, pone, de inmediato, en relieve, que la tutela de un mismo bien jurídico, después de abarcar lo genérico, desciende a lo específico.³⁵¹

Por lo expuesto, se infiere que el objeto jurídico genérico se encuentra en los “Títulos”, ya que el objeto jurídico específico está situado, de forma expresa o implícita, en los respectivos “Capítulos”. Por ejemplo, el delito de homicidio está tipificado en el art. 121 del Código Penal brasileño, que introduce la Parte Especial, que a su vez está insertado en el Título I, el cual, como hemos visto, versa sobre los “delitos contra la persona”, y en el Capítulo I, que disciplina los “delitos contra la vida”, de modo que, por la propuesta del eminente penalista mexicano, el referido delito tiene como objetivo jurídico genérico la tutela de la persona física, mientras que como objetivo jurídico específico la protección de la vida humana extrauterina.

Pero, si en relación a los delitos monofensivos se facilita la actividad del legislador en términos de distribución en los Títulos de la Parte Especial del Código Penal, siendo suficiente verificar el bien jurídico que es lesionado, no puede decirse

³⁵¹ HUERTA, Mariano Jimenez. **La Tipicidad**. México: Porrúa, 1955. p. 96.

los mismo sobre los pluriofensivos, los cuales, como hemos visto, lesionan más de un bien. De ahí surge la siguiente cuestión: ¿En qué concreto capítulo relativo a esos distintos bienes debe de ser catalogado el delito? Según Fernando de Almeida Pedroso, para la presente hipótesis se debe adoptar la

orientação classificatória que distribui os delitos pluriofensivos consoante o objeto jurídico que representava a principal finalidade do agente atingir. Desta sorte, o bem jurídico que mais de perto e proximamente almejava o sujeito ativo violar, aquele que significou sua principal inspiração para o cometimento do fato delituoso é que serve de base para a colocação do crime pluriofensivo segundo o critério da objetividade jurídica tutelada.³⁵²

Consecuentemente, en el caso del latrocinio, que representa el robo calificado por la muerte, por tratarse de un delito pluriofensivo el legislador tenía la opción de calificarlo en el Título que trata de los “delitos contra la persona” o en el Título de los “delitos contra el patrimonio”, eligiendo este último, insertado así en el art. 157, párrafo tercero, *in fine*, del Código Penal, una vez que el patrimonio de la víctima es el blanco principal que el sujeto pretende acertar cuando desarrolla esta modalidad de delincuencia.

Así, al contrario de lo que piensa Maggiore cuando dice que “no perdería su importancia la ciencia del derecho penal, si los delitos estuvieran arreglados, no de modo sistemático, sino en otro orden cualquiera, alfabético, por ejemplo”,³⁵³ entendemos como de fundamental importancia, tanto para los fines de derecho material como de derecho adjetivo, el formateo de un criterio lógico y racional en el proceso clasificatorio de los hechos punibles. Y ello porque, como bien dice Jaime Peris Riera y Javier García Gonzáles, “la interpretación y, por tanto, aplicación de la ley penal se realizará también a través del examen del bien jurídico protegido”³⁵⁴

³⁵² PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito Penal...**, p. 60.

³⁵³ MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal**. Delitos en Particular. Bogotá: Temis, 1955. Parte Especial. v. III. p. 9.

³⁵⁴ PERIS RIERA, Jaime; GARCÍA GONZALES, Javier. El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: Criterios de incriminación. In: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F.; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; PERIS RIERA, Jaime (Coords.). **Estudios Jurídico-Penales sobre Genética y Biomedicina. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani**. Madrid: Dykinson, 2005. p. 108.

4.3.2.1 El consentimiento del ofendido. La disponibilidad de los bienes jurídicos

En términos de Derecho Penal, el criterio de objetividad jurídica trae repercusiones en la configuración de los elementos objetivos y subjetivos de la infracción penal, ocasionando también considerables reflejos en la cuestión de los efectos jurídicos originados del consentimiento expreso del ofendido. Cuando éste recae sobre bienes jurídicos plenamente disponibles, constituye, a pesar de la discordancia de algún sector doctrinal, una causa supralegal de exclusión de la ilicitud, eso sí, claro está, la parte lesionada tiene capacidad para evaluar las consecuencias de su decisión y su consentimiento ha ocurrido de forma libre, sin cualquier tipo de vicio que venga a macular la voluntad. Así, ratifica Jürgen Baumann que

en el consentimiento, la raíz de la justificación reside en la circunstancia de que no merece protección el bien jurídico al cual se puede renunciar. Si el titular del derecho renuncia, el autor lesiona bienes jurídicos cuya transgresión no interesa al orden jurídico. De ahí que esta conducta del autor no pueda ser antijurídica.³⁵⁵

La gran dificultad dogmática para concretizar esa causa de justificación gira en torno a la caracterización precisa del significado de disponibilidad del bien jurídico, es decir, cuando el derecho es renunciable o irrenunciable, no habiendo sobre el tema una norma que explicita validez absoluta. Según Alexander Graf Zu Dohna, que trae para el caso la propuesta de Anton Hess de utilizar el adagio de la *“sapienter volenti non fit injuria”*, el punto de vista decisivo para la cuestión será *“si la renuncia a la protección jurídica y el abandono del interés en cuestión se justifican o no a la luz del ideal de la comunidad social o sea, en otras palabras, si la voluntad consentidora tiene una fundamentación objetiva”*.³⁵⁶

Por regla general, la doctrina utiliza como parámetro para fijar la distinción entre bienes disponibles y bienes indisponibles el tradicional criterio del balanceo de

³⁵⁵ BAUMANN, Jürgen. Op. cit., p. 195.

³⁵⁶ DOHNA, Alexander Graf Zu. **La ilicitud, como característica general en el contenido de las acciones punibles**. Contribución a la doctrina jurídico-penal general. México: Jurídica Mexicana, 1959. p. 170.

intereses que están en conflicto. Siguiendo esa línea de razonamiento, Sauer pondera que *“el consentimiento excluye la antijuridicidad cuando el interés privado lesionado, según su naturaleza, no posee ninguna importancia preponderante para el bien común estatal”*.³⁵⁷

Algunos autores utilizan como base el criterio de la utilidad social del bien, acogido en varias ocasiones por los Tribunales italianos y alemanes, y que parte del presupuesto de que será clasificado como disponible el bien jurídico que no esté dotado de una utilidad social prominente y el Estado atribuya a los individuos la exclusividad de uso y gozo. Pero, de lo contrario, cuando la utilidad social sea contundente, se reputará como indisponible, de modo que, asevera Francesco Antolisei, *“nel diritto attuale non vige incondizionatamente il principio generale volenti non fit iniuria. Il campo de applicazione di tale principio è piuttosto ristretto, essendovi introdotte ampie limitazioni nell'interesse della comunità sociale”*.³⁵⁸

Recuerda todavía José Henrique Pierangeli, en un minucioso estudio sobre el tema, que, tomando por base un criterio objetivo de naturaleza procesal penal,

uma vez estabelecido que o crime é perseguível mediante ação penal pública incondicionada, forma-se uma presunção sobre ser o bem atingido indisponível, e, inversamente, se a ação penal a ser proposta é de iniciativa privada, é de se presumir tratar-se de bem disponível.³⁵⁹

Frente a esas consideraciones, y a pesar de que no encontramos consenso en la doctrina en la fijación de un criterio objetivo seguro sobre la distinción entre bienes disponibles e indisponibles que pueda facilitar el trabajo del operador de Derecho, para ilustración podemos aceptar perfectamente el consentimiento del ofendido como causa de justificación suprallegal en la hipótesis en la que el sujeto, consumidor asiduo de estupefacientes, implora para que su compañera le deje encerrado en un apartamento, proveyendo solamente alimentación y productos de

³⁵⁷ SAUER, Guillermo. Op. cit., p. 212.

³⁵⁸ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963. Parte Generale. p. 216.

³⁵⁹ PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido** (Na Teoria do Delito). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 109.

necesidades básicas. Sólo a través de ese procedimiento extremo quedaría el sujeto impedido de tener contacto con los proveedores de drogas, lo que la mujer, por solidaridad, aceptó plenamente. En términos jurídicos-penales, esa conducta es subsumible en el hecho típico de “cárcel privada”, descrita en el art. 148 del Código Penal brasileño. Sin embargo, podríamos excluir su ilicitud con base en el consentimiento del ofendido, siendo que recayó sobre un bien jurídico plenamente disponible como es la libertad.

La misma aceptación en la doctrina acerca del tema sujeto aquí a discusión ya no ocurre sobre la vida humana. En Brasil se ha concebido que si una persona, por alguna circunstancia, como, por ejemplo, por desilusión amorosa, familiar o profesional, o por ser portadora de una grave enfermedad, no desea vivir más o manifiesta su consentimiento a otro en el sentido de que éste le acorte su agonía matándole o colaborando de alguna forma en el acto suicida, tal asentimiento de la víctima no alejará la responsabilidad penal del sujeto, pues se entiende que incidió, como dice Rogério Greco, sobre “*um bem indisponível por excelência*”.³⁶⁰ Como destaca Ferrando Mantovani, como corolario de la concepción personalista del hombre se tiene “*el principio de la indisponibilidad de la persona, principio que comporta una fundamental distinción entre: a) la disponibilidad manu propria, que es lícita o jurídicamente tolerada; b) la disponibilidad manu aliena, esto es, respecto de terceras personas privadas o públicas, que es antijurídica*”.³⁶¹ Se entiende que mencionada corriente personalista de la imposibilidad de la persona por “*manu aliena*”, en la cual se da primacía a la idea del ser humano como valor ético en sí, estableciendo restricciones a las prácticas de instrumentación del mismo por intereses extrapersonales, se encuentra presente en las directrices de la Constitución brasileña cuando prevé, por ejemplo, como principios fundamentales, el respeto a la dignidad humana (art. 1º, III, de la CF), vida (art. 5º, *caput*, de la CF) e igualdad (art. 5º, *caput*, de la CF). Así, en el Derecho Penal brasileño, referidos comportamientos han sido subsumidos, respectivamente, en el art. 122 del Código Penal, definidor de la participación en suicidio y en el art. 121, § 1º del Código Penal,

³⁶⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. I. Parte Geral. p. 379.

³⁶¹ MANTOVANI, Ferrando. El problema jurídico de la eutanásia. In: ROXIN, Claus; MANTOVANI, Ferrando; BARQUÍN SANZ, Jesús; OLMEDO CARDENETE, Miguel. **Eutanásia y Suicidio: Cuestiones dogmáticas y de política criminal**. Granada: Comares, 2001. p. 88.

hipótesis de homicidio privilegiado por motivo de valor moral de relieve, es decir, tipos penales que, conforme expresiones de Jesús Barquín Sanz, involucran “*determinados supuestos de cooperación o ejecución activa y directa de la muerte de otro cuando se dan circunstancias eutanásicas*”.³⁶²

Cabe ilustrar que tal línea de política criminal posee apoyo parcial en algún código punitivo, como es el caso del StGB alemán, donde quedan totalmente impunes las diferentes formas de colaboración al suicidio ajeno, excepto la situación del llamado “homicidio a petición” (“*Tötung auf Verlangen*”), disciplinado en el § 216. Es lo que demuestra Claus Roxin al afirmar que “*de los párrafos del asesinato y del homicidio de nuestro Código Penal no puede extraerse una regulación legal de la eutanasia o abarcan, como ocurre con el homicidio a petición (§ 216 StGB), tan sólo una parte de la problemática dejando sin respuesta muchas preguntas*”.³⁶³

En el Derecho Penal español, las normas penales incriminadoras destinadas a la punición de aquellas conductas caracterizadas por una intervención esencial en la muerte consentida de otra persona se encuentran tipificadas en el actual Código Penal, en el Título I, del Libro II, específicamente en el art. 143, a pesar de que parte de la doctrina, como por ejemplo Carbonell Mateu, Gonzalez Cussac y Vives Antón, sostienen que “*sólo la vida libremente deseada por su titular puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido*”.³⁶⁴ Según interpretación de los mencionados profesores, “*de la Constitución Española no puede desprenderse la existencia de un deber jurídico de vivir al servicio de la comunidad ni de la ética. No existe, en ese sentido, una especie de ‘función social de la vida’, a modo de la que el artículo 33.2 configura para la propiedad. Si esto es así, hay que afirmar la disponibilidad de la propia vida, sin ambages*”.³⁶⁵ En este sentido, Bernardo del Rosal Blasco predica de *lege ferenda* la despenalización de todas las conductas atinentes a la participación

³⁶² BARQUÍN SANZ, Jesús. La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro. In: ROXIN, Claus; MANTOVANI, Ferrando; BARQUÍN SANZ, Jesús; OLMEDO CARDENETE, Miguel. **Eutanasia y Suicidio**: Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 155.

³⁶³ ROXIN, Claus. Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. In: ROXIN, Claus; MANTOVANI, Ferrando; BARQUÍN SANZ, Jesús; OLMEDO CARDENETE, Miguel. **Eutanasia y Suicidio**: Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 4.

³⁶⁴ CARBONELL MATEU, J. C.; GONZALES CUSSAC, J. L.; VIVES ANTÓN, T. S.; et al. **Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. Parte Especial. p. 556.

³⁶⁵ Idem, p. 558-559.

en suicidio, pues en caso de que no ocurra así representa castigar “*al que no se limita más que a colaborar en un acto libre*”.³⁶⁶

Otra orientación en la doctrina española considera acertada la criminalización de los comportamientos ilícitos relacionados en el art. 143. Seguidor de esta línea es Miguel Olmedo Cardenote, autor que realiza objeciones a las ideas de Carboneu Mateu, Rosal Blasco, entre otros, afirmando que

no podemos compartir aquellas opiniones que postulan la completa destipificación de las conductas recogidas en el art. 143 CP y que conciben al suicidio como “una decisión libremente adoptada por un ser humano *absolutamente sano (sic)* desde el punto de vista psíquico y sin presiones *de ningún tipo*”. La consideración del suicidio como el acto supremo de libertad contradice la visión que de tal fenómeno posee la psiquiatría actual que lo concibe, naturalmente, como un comportamiento que en la mayoría de los casos puede calificarse de patológico.³⁶⁷

Conviene también subrayar que, en algunos casos, el consentimiento del ofendido operará no como causa excluyente de la antijuridicidad, pero sí de atipicidad, por alejar el disenso de la víctima que, en determinados tipos penales incriminatorios, funciona como elemento esencial, como ocurre, por ejemplo, en el delito de violación de domicilio (art. 150, del CP). Pero aquí, destaca Luis Cousiño Mac Iver, “*la exclusión de la tipicidad por el consentimiento no requiere el acudir a la supralegalidad, puesto que deriva del propio tipo legal*”.³⁶⁸

³⁶⁶ ROSAL BLASCO, Bernardo del. La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal. **ADPCP**, Tomo 40, n. 1. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987. p. 90.

³⁶⁷ OLMEDO CARDENETE, Miguel. Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido. In: ROXIN, Claus; MANTOVANI, Ferrando; BARQUÍN SANZ, Jesús; OLMEDO CARDENETE, Miguel. **Eutanasia y Suicidio**: Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001. p. 110-111.

³⁶⁸ MAC IVER. Luis Cousiño. **Derecho Penal Chileno**. Santiago: Jurídica de Chile, 1979. Parte General. Tomo II. p. 514.

4.3.2.2 La importancia de la función sistemática del bien jurídico en el ámbito del Derecho Procesal Penal

Bajo el aspecto de Derecho Procesal Penal es manifiesta la importancia de una clasificación racional y sistemática de los hechos punibles, específicamente sobre la temática de la competencia, una vez que la distribución de los delitos en la Parte Especial del Código Penal, según el criterio de objetividad jurídica, auxilia en la definición de los ilícitos que son de la competencia, por ejemplo, del Tribunal del Jurado. La Constitución Federal, en su art. 5º, XXXVIII, establece de forma genérica que *“é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”*, sin especificar, sin embargo, qué delitos son éstos. Como los delitos están distribuidos en la Parte Especial del Código Penal teniendo por sustrato el bien jurídico que lesionan, puede llegarse a la conclusión, por la simple lectura del Título I, que disciplina los “delitos contra la persona”, Capítulo I, que dispone sobre los “delitos contra la vida”, que mencionados delitos son, solamente, el homicidio, la participación en suicidio, el infanticidio y el aborto. Así, en el delito de robo con homicidio, aunque el sujeto venga a matar dolosamente a la víctima con el fin de sustraerle algún bien, referido hecho no será de la competencia del Tribunal del Jurado, por la circunstancia de estar clasificado, conforme hemos visto, como un “delito contra el patrimonio” (Título II, de la Parte Especial del Código Penal) y no “contra la vida”. El Supremo Tribunal Federal, incluso, para evitar dudas, se manifestó expresamente sobre el tema, al editar la Súmula número 603, estableciendo que *“a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri”*.

Capítulo 5

PRINCIPIOS DE ALTERIDAD Y DE EXTERIORIDAD

5 PRINCIPIOS DE ALTERIDAD Y DE EXTERIORIDAD

5.1 NOCIONES INTRODUCTORIAS. EL PROCESO DE SECULARIZACIÓN DEL DERECHO

Otro principio fundamental del Derecho Penal de inspiración humanista es el de exterioridad, procedente del célebre apotegma romanista, elaborado por Ulpiano, de la “*cogitationis poenam nemo patitur*”, insertado en el Digesto, Libro XLVIII, Título 19, Ley 18, representativo de la idea de que nadie puede ser punido por sus pensamientos, de la misma forma que la costumbre popular germánica de la “*Gedanken sind zollfrei*”, o sea, de que meros pensamientos no pagan impuestos.

Ese principio parte del presupuesto de que el poder punitivo estatal sólo podrá ser accionado cuando las pretensiones antisociales se manifestaren en comportamientos externos, perceptibles por los sentidos, de modo a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal. No obstante, esa tesis no siempre funcionó, recordando por ejemplo Jiménez de Asúa que “*Massari, autor con Rocco del Código Italiano de 1930 y perteneciente, en un tiempo, a la escuela del idealismo activista, sostiene en su libro, Il momento esecutivo del reato, que si toda volición es un acto, el hecho de querer un delito es ya un conato de delito*”.³⁶⁹

Pero fue en Alemania durante el período del Nacionalsocialismo cuando se verificó, conforme ya hemos dicho aquí, la situación más atentatoria, no sólo al principio de exterioridad, sino también a los demás paradigmas garantistas fundamentales concernientes al Derecho Penal moderno. Se realizó mediante un proceso de flexibilización del Derecho positivo a través de la construcción de tipos penales totalmente abiertos y la consolidación de un Derecho Penal centralizado en la figura del autor de la infracción penal (“*Täterstrafrecht*”), y no en la conducta por él realizada (“*Tatstrafrecht*”), poniendo de ese modo su mera intención, es decir, la

³⁶⁹ ASÚA, Luis Jiménez. **La Ley y el Delito**. p. 495-496.

voluntad (“*Willenstrafrecht*”), aunque ésta no llegase a materializarse en actos ejecutorios. Se elaboraron así los denominados tipos penales de autores (“*Tätertypen*”), los cuales estaban dirigidos a penar a alguien por lo que es y no por lo que hizo. A partir de esos postulados se construyó un sistema autoritario asentado en un puro irracionalismo jurídico (“*Wendung zum Irrationalismus*”). Se implantó de este modo, según palabras de Ferrando Mantovani, un sistema jurídico basado en el “*principio di soggettività del fatto*”, en contraposición al modelo ideal basado en el “*principio di materialità del fatto*”, este último expresado en la máxima moderna del “*nullum crimen sine actione*”, que afirma que sólo constituye delito el comportamiento humano sustancialmente manifestado en el mundo exterior. Aduce Mantovani que ya

per il *principio di soggettività* si tende, viceversa, a considerare reato anche momenti meramente psichici, ossia la *nuda cogitatio*, gli atteggiamenti volontari puramente interni o i modi di essere della persona. Ed anche se normalmente non si prescinde da un *quid* di esteriore, ciò rileva non di per sé, ma quale dato rivelatore (fattispecie di sospetto) di un atteggiamento interiore che deve essere colpito.³⁷⁰

Para la perfecta comprensión del mencionado principio conviene que se deje bien claro que no se deben confundir las reglas jurídicas con las reglas morales, distinción que tardó en consolidarse, pero que adquirió fuerza con la concepción del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII, principalmente a través de Christian Thomasius (1655–1728), el cual destacó por combatir de forma tenaz los juicios por brujerías en Alemania, y que presentó por primera vez en su obra “*Fundamenta Juris Naturae et Gentium*” una clasificación “tripartita” de las normas de conducta en morales (“*honestum*”), jurídicas (“*iustum*”) y de convencionalismo social (“*decorum*”), siendo más tarde perfeccionada por los trabajos de Immanuel Kant. Por la “teoría kantiana”, aclara el profesor Edgar Bodenheimer, “*el Derecho exige solamente el cumplimiento externo de las reglas y disposiciones existentes, en tanto que la*

³⁷⁰ MANTOVANI, Ferrando. **Principi di Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 2002. p. 52.

*moralidad apela a lo íntimo de la conciencia del hombre; pide que los hombres actúen impulsados por intenciones y motivos buenos*³⁷¹.

En el ámbito del Derecho Criminal ya decía Carrara, en un pasaje importante de su célebre obra, que

el ejercicio de la justicia está delegado, en virtud de la ley del orden, a la autoridad social, para que sean protegidos los derechos del hombre, gracias a una coacción eficaz y presente, agregada al precepto natural que ordena respetarlos. Pero los derechos del hombre no se pueden ofender con actos internos, y, por tanto, la autoridad social no tiene derecho de perseguir los actos internos. La autoridad humana no puede mandar sobre las opiniones y sobre los deseos; y los pensamientos no se pueden, sin cometer abuso, tener como delitos, no porque estén ocultos a la mirada del hombre, sino porque el hombre no tiene derecho de pedir cuentas a su semejante por un acto que no le puede acarrear perjuicio. La defensa del orden externo sobre la tierra corresponde a la autoridad; la tutela del orden interno no corresponde más que a Dios. Y cuando se dice que la ley penal no puede castigar los pensamientos, se quiere significar que se sustrae a su dominio toda la serie de momentos que integran el acto interno: pensamiento, deseo, proyecto y determinación, mientras no hayan sido llevados a su ejecución.³⁷²

De ese modo, compete a la moral efectuar un proceso valorativo de las actitudes humanas sobre los aspectos de la retención y de la virtud, analizando todas las formas de manifestación de los actos de los individuos, sean de naturaleza interna, como las ideas y el pensamiento, o sean de representaciones de orden externo, teniendo como finalidad principal buscar alcanzar el nivel de la perfección del hombre. Por el contrario, el Derecho, visto bajo el amparo de un Estado Democrático, advierte Eduardo Novoa Monreal,

solo tiene por objeto aquellos actos del hombre que importan una manifestación exterior suya, con el significado de que pueden ser percibidos por los sentidos de los demás hombres (característica de la exterioridad), y que afectan o lo relacionan con éstos (característica de la alteridad).³⁷³

³⁷¹ BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. p. 95.

³⁷² CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal...**, 1996, p. 47-48.

³⁷³ MONREAL, Eduardo Novoa. **Causalismo y Finalismo en Derecho Penal**. Bogotá: Temis Librería, 1982. p. 78.

A diferencia de la moral, no puede el Derecho transformar a los individuos en personas buenas, preocupándose solamente en reprobando sus comportamientos externos, tipificados en la legislación penal y que sean ofensivos a bienes jurídicos que puedan alterar el orden necesario de convivencia social que tiene por objetivo tutelar. En el campo de ese pensamiento le es vedado al Derecho establecer cualquier tipo de punición, incluso al sujeto que anímicamente no tenga cualquier sentimiento de altruismo en relación a los preceptos normativos vigentes, pero que sólo obedezca a ellos por temor a las consecuencias jurídicas que puedan recibir por el no cumplimiento o por simple conveniencia, no constituyendo función del Estado cambiar la personalidad de las personas, pero sí mantener una convivencia social ordenada y armónica. Por ello, Novoa Monreal, en otro escrito titulado “*Qué queda del Derecho Natural?*”, concluye que “*el Derecho se satisface con una conformidad exterior de la conducta humana con la norma, absteniéndose de entrar al examen de los motivos que impulsaron a adoptarla, pues él impone un orden de coexistencia al que basta un cumplimiento externo de sus normas*”.³⁷⁴

Cabe registrar que durante el período de la Edad Media no se distinguió muy bien el Derecho de la Moral y de la Teología. También se observa como en ese pasaje importante de la historia de la humanidad los jueces dictaban sentencias basados en sus propias conciencias, asentadas en un Derecho fundamentalmente consuetudinario y en los moldes de los ideales morales prevalentes, elaborados conforme a las directrices religiosas de la Iglesia Católica Romana, las cuales debían ser aceptadas sin reservas, bajo pena de que, si así no ocurría, el individuo fuera reputado como hereje, un opositor de conciencia, y, de este modo, sujeto a severas reprobaciones, manifestadas a través de la excomunión, expulsión, confiscación de bienes y, a veces, con la eliminación de la vida. Por todo ello se constata que en la época medieval había un modelo jurídico inquisitorial, en el cual el magistrado recogía y valoraba las pruebas, dictando posteriormente una instrucción escrita y sigilosa, sin que se permitiese cualquier tipo de contradictorio. Mencionado procedimiento procesal se manifestó principalmente en las decisiones del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, formando de ese modo todo un arcabuz

³⁷⁴ MONREAL, Eduardo Novoa. **Qué queda del Derecho Natural?** Reflexiones de un Jurista Cristiano. Buenos Aires: Depalma, 1967. p. 194.

conceptual propio acerca del delito y de la pena y que sirvió de modelo para la estructuración de algunos ordenamientos jurídicos autoritarios y antigarantistas contemporáneos.

En el sistema inquisitorial, al contrario que en el modelo garantista acusatorio, las funciones elementales de acusar, defender y juzgar están centralizadas en el mismo órgano. La proximidad intensa entre el Estado y la Iglesia verificada en el período del medievo representó la supervivencia de la intolerancia, y también la unificación del Derecho y de la Moral en una única estructura, haciendo con que los ilícitos, entendidos como “pecados”, pasasen a tener como víctimas no sólo la persona directamente afectada por la conducta del agente, sino también, por una connotación eclesiástica, al gobernante y a Dios, ocasionando entonces los famosos “delitos de lesa majestad divina”, tan característicos de la época. La sanción penal incidiría no sólo con la finalidad de reprobar a los infractores por la práctica de conductas indeseables, predeterminadas por el ordenamiento jurídico, sino para penar nítidamente la personalidad del individuo encuadrado como perverso y peligroso. Según observó Pietro Verri, célebre iluminista del siglo XVIII y figura de relieve, junto a Beccaria, de la famosa *École de Milan*, había por parte de los magistrados el sentimiento de que al condenar “*as feiticeiras e os magos à fogueira também acreditavam estar limpando a terra de muitos inimigos ferozes, e no entanto estavam imolando vítimas ao fanatismo e à loucura*”.³⁷⁵

Pero fue a partir del siglo XVI cuando comenzaron a emerger las primeras manifestaciones de ruptura del paradigma inquisitorial, verificadas principalmente por el surgimiento de dos tendencias religiosas, es decir, la Iglesia Católica y la Protestante, así como por la revolución cultural y científica proporcionada por los hallazgos de nuevos territorios y de invenciones técnicas originadas de las grandes navegaciones. Se atribuyó también a una nueva concepción filosófica, que desarrolló un espíritu crítico innovador, asentada sobre la idea de autonomía del individuo, desmembrada de cualquier metafísica de orden teológico o cosmológico, proporcionando nuevos horizontes y perspectivas. Registra Salo de Carvalho, en perfecta síntesis, que

³⁷⁵ VERRI, Pietro. **Observações Sobre a Tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 6.

na redescoberta do homem como medida de todas as coisas, com o ingresso do “Novo Mundo” no cenário histórico, e com a visualização de um novo estado de coisas no qual liberdade e igualdade se opõem frontalmente a servidão, o impulso da laicização das ciências torna o processo secularizador inevitável. A partir de então, as relações entre Estado e Igreja começam a se romper paulatinamente, e o direito e a moral passam a seguir vias diversas. Do irracionalismo surgem as idéias racionalistas, da inadmissibilidade do diverso nasce a idéia de tolerância, da barbárie inquisitiva afloram as teorias fundantes da civilização moderna, e a capacidade crítica do homem é revelada.³⁷⁶

Por lo tanto, la nueva conciencia política, científica y filosófica instaurada a partir del siglo XVI combatió todas las directrices del modelo inquisitivo, haciendo con que resultase insostenible el mantenimiento de un orden jurídico y social fundado en una sistemática gubernamental exacerbadamente represiva, sacrificial e intolerante, dirigida a la punición autoritaria e irracional de la personalidad y de la conciencia de los individuos y, de este modo, posibilitando el inicio de la instauración incipiente de una nueva concepción de Estado y de *modus vivendi*. Esa nueva estructura sería levantada, lastrada en los postulados filosóficos iluministas, de características liberales y preconizando la actuación limitada del poder punitivo, sosteniendo, incluso, que el Estado y el odernamiento jurídico deberían ser contruidos por el libre consentimiento de los miembros que lo componen, teniendo por finalidad primordial proporcionar una convivencia social natural y armónica.

Cabe destacar que para la consolidación de esas ideas contribuyeron mucho las orientaciones filosóficas de John Locke, pensador inglés y uno de los fundadores del empirismo, el cual profesaba la separación absoluta entre las actividades del Estado y de la Iglesia, como también entre el Derecho y la Moral, difundiendo la idea de limitar la intervención estatal en los derechos y libertades de los miembros de la colectividad, ejerciendo un papel exponencial en el proceso de laicización, de difusión de derecho de resistencia y de desobediencia de la sociedad civil contra los actos de abuso del poder estatal y de oposición a la práctica inhumana de la intolerancia. En su primera obra de naturaleza política denominada “Carta Acerca da Tolerância”, escrita en 1689, destacaba Locke

³⁷⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**: Uma Leitura de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 35.

que o poder civil não deve prescrever artigos de fé, ou doutrinas, ou formas de cultuar Deus, pela lei civil. Porque, não lhes sendo vinculadas quaisquer penalidades, a força das leis desaparece; mas, se as penalidades são aplicáveis, obviamente são fúteis e inadequadas para convencer o espírito. Se alguém deseja adotar certa doutrina ou forma de culto para a salvação de sua alma, deve acreditar firmemente que a doutrina é verdadeira, e que a forma de culto será agradável e aceitável por Deus. As penalidades, porém, não são de modo algum capazes de produzir tal crença. O esclarecimento é necessário para mudar as opiniões dos homens, e o esclarecimento de modo algum pode advir do sofrimento corpóreo.³⁷⁷

En términos de legislación, el Código de Baviera de 1813 representó un hito de consagración de la teoría jurídico-penal de la Ilustración y del proceso de secularización, pues, conforme señala Zaffaroni, *“en ese texto desaparecen la herejía y la blasfemia, el falso testimonio se trata como delito contra derechos ajenos, los delitos “contra la moral”, dejan de ser un grupo independiente y pasan a ser considerados tales siempre que impliquen una lesión a derechos ajenos”*.³⁷⁸

En el proceso de construcción de ese nuevo paradigma de sociedad organizada y civilizada, los individuos no concederían un poder absoluto al Estado, el cual quedaría totalmente impedido de actuar en algunas instancias significativas de derechos naturales, como por ejemplo los sectores de libertad de pensamiento y de conciencia, representando de este modo la consolidación de una de las ideas fundamentales del Estado Liberal de Derecho, la “tolerancia”. Pondera Jesús Barquín Sanz, en un interesante artículo denominado *“La Tolerancia y su Antítesis, La Sanción Penal”*, que tradicionalmente referido concepto

ha tenido una fuerte carga religiosa que conecta con la idea de permitir que exista aquello que se tiene derecho a reprimir. Pero, en lenguaje común, suele emplearse fundamentalmente en otros dos sentidos diferentes pero complementarios: bien como el control del propio desagrado frente a acciones de otro (resignación, paciencia, aguante), bien como una valoración positiva (respeto, consideración) de la opinión ajena por el mero hecho de ser opinión y de ser ajena.³⁷⁹

³⁷⁷ LOCKE, John. Carta Acerca da Tolerância. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. XVIII, p. 12.

³⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo III. p. 243-244.

³⁷⁹ BARQUÍN SANZ, Jesús. La Tolerancia y su Antítesis. La Sanción Penal. **Criminología Claves de Razón Practica**, n. 67, p. 65, 1996.

Más adelante aduce con propiedad Barquín Sanz que

también es cierto que la aplicación de penas es formalmente la máxima manifestación de intolerancia pública en las democracias liberales de nuestro tiempo (lo que a su vez contribuye a explicar el ya mencionado desprestigio de la pena de prisión, asociado al auge de la tolerofilia) y, por supuesto, se debe ser muy cuidadoso en la selección de los hechos que merecen una respuesta penal.³⁸⁰

El profesor español está haciendo referencia expresa a los principios elementales de la fragmentariedad y de la intervención mínima, en el sentido de que el Estado solamente debe aplicar penas a los autores de hechos que vengán a tocar de forma grave e intensa los intereses más relevantes de los individuos, postulados que son fundamentales para la concretización de un Derecho Penal moderno y garantista, conforme vamos a ver más adelante.

Con ese pensamiento, y partiendo del presupuesto de que en un Estado Democrático de Derecho el legislador no es libre para crear normas penales, debiendo estar subordinado al conjunto de principios estampado en la Constitución Federal, en Brasil, a través de dos acuerdos del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul (Ac. n. 698383932 y Ac. n. 699160826), ya se decidió, con base en el principio de secularización del Derecho, que no fuera recibido por la Magna Carta el delito de "casa de prostitución", disciplinado en el art. 229 del actual Código Penal, en los siguientes términos: "*manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa*". En el primer acuerdo mencionado, aprobado por la 6ª Cámara del TJRGS (Ac. 698383932, Relator Desembargador Newton Brasil de Leão), informa el Procurador de Justicia Lenio Luiz Streck que,

no caso específico, duas mulheres haviam sido condenadas a 3 anos de reclusão cada uma, por manterem casa de prostituição em uma pequena cidade. Por unanimidade, a Câmara deixou assentado que tipos penais como o do art. 229 não são condizentes com o princípio da secularização

³⁸⁰ BARQUÍN SANZ, Jesús. **La Tolerancia y su Antítesis...**, p. 66.

do direito própria do Estado Democrático de Direito introduzido pela Constituição de 1988.³⁸¹

5.2 EL “*ITER CRIMINIS*”. LA ANTICIPACIÓN DEL PODER PUNITIVO EN LAS DIRECTRICES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Como se sabe, a pesar de que el delito es un proceso continuo, desde su ideación hasta que sobreviene su consumación el sujeto trilla un camino, parte del recorrido de trayectoria anímica y otra de carácter externo, dogmáticamente importante para que se establezcan los límites del poder punitivo estatal. Ese proceso se denomina de “*iter criminis*”, que, conforme enseñan Zaffaroni y Pierangeli “*significa o conjunto de etapas que sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito*”.³⁸²

Esas etapas son representadas en una fase inicial por la cogitación (“*cogitatio*”), de connotación interna, apareciendo, en seguida, la parte externa en la que se constatan, respectivamente, las partes de los actos preparatorios (“*conatus remotus*”), actos ejecutorios (“*conatus proximus*”) y de la consumación (“*meta optata*”). La etapa del “*iter criminis*”, la cual es de suma importancia para la actuación del Derecho Penal, es la ateniende a los actos ejecutorios, momento a partir del cual un bien jurídico, sustrato esencial de los hechos punibles, perteneciente a otra persona (física o jurídica) que no es el propio agente, es lesionado o expuesto a peligro concreto de lesión de forma socialmente intolerable. Como dice Bernardo del Rosal Blasco, la “*peculiar caracterización del injusto como ataque a bienes jurídicos impide, como norma, establecer la reacción punitiva antes de que exista, por lo menos, un principio de ejecución de ese ataque*”.³⁸³

En esa afirmación está caracterizado el binomio elemental del Derecho Penal de rasgos garantista y secularizado, que son los principios de exterioridad y de

³⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 91.

³⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa** (Doutrina e Jurisprudência). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 11.

³⁸³ ROSAL BLASCO, Bernardo del. **La Provocación para Cometer Delito en el Derecho Español (Exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código penal)**. Madrid: EDERSA, 1986. p. 270.

alteridad. Sin embargo, ya destacaba Alexander Graf Zu Dohna a mediados del Siglo XX que *“la práctica, en los últimos tiempos, muestra, cada vez más marcadamente, la tendencia a extender el campo de la tentativa a expensas del de la preparación”*.³⁸⁴

En el Derecho Penal español, cuando los actos preparatorios se clasifican como peligrosos por representar expresión de una resolución criminal firme por parte del sujeto infractor, el sistema punitivo estatal está legitimado para adelantar su actuación represora en la tutela de los bienes jurídicos. En este sentido, M^a Rosa Moreno-Torres Herrera subraya que *“nuestro Código Penal se ha encargado de definir tres clases de actos preparatorios: la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, que, tal y como disponen los arts. 17 y 18 CP, sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley”*.³⁸⁵ Así, el Código Penal de 1995 prevé la punición de los actos preparatorios en los art. 141 (homicidio y asesinato), 151 (lesiones), 168 (detención ilegal), 269 (robo, extorsión, estafa, apropiación indebida), 304 (blanqueo de efectos del delito), 373 (tráfico de drogas), 477 (rebelión), 488 (delitos contra la Corona), 519 (asociación ilícita), 548 (sedición), 553 (delito de atentado), 578 (delitos de terrorismo), 585 (delitos de traición) y 615 (delitos contra la comunidad internacional). En cierta forma, referida sistemática normativa, a pesar de estar alejada la autoritaria incriminación genérica de los actos preparatorios presente en el Código anterior, rasguña en parte el principio del hecho y el art. 1º de la Constitución de 1978, una vez que en un Estado social y democrático de Derecho, que constituye España, el cual estipula como primer valor supremo de su ordenamiento legal la libertad, no debe sancionar conductas desprovistas de concreta lesividad a los bienes jurídicos, como es el caso de la punición de los actos preparatorios. Con opinión diversa, aducen Manuel Cobo del Rosal y Manuel Quintanar Díez que

sin ninguna duda el legislador puede conminar con pena el propósito criminal, simplemente desde su manifestación exterior plasmada en *actos preparatorios*, pero ello lo deberá hacer con fundamento en otro de los

³⁸⁴ DOHNA, Alexander Graf. **La Estructura de la Teoría del Delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 92.

³⁸⁵ MORENO TORRES-HERRERA, M^a Rosa. El iter criminis. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). Op. cit., p. 678.

principios informativos del ordenamiento punitivo y sobre los que bascula un Derecho penal mínimamente evolucionado, esto es, el *principio de ofensión*. Y ello comportará que dicha conminación lo sea sobre la base, al menos de la abstracta puesta en peligro de uno de algún bien jurídico protegido.³⁸⁶

Igualmente en el Derecho Penal alemán, aclaran Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf,

el Código conoce tres distintas posibilidades para declarar punibles a acciones preparatorias especialmente peligrosas: la extensión propia de los tipos, la tipificación de acciones preparatorias como un *delictum sui generis* y, por último, la redacción como delitos en el sentido del § 12, de acciones preparatorias colectivamente ejecutadas, sobre la base de la extensión de las disposiciones sobre participación.³⁸⁷

Sobre el tercer grupo mencionado de represión a los actos preparatorios se tiene la llamada “participación anticipada”, regulada en el § 30, inc. 2º, del Código Penal alemán, “*in verbis*”:

1. Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraft. Jedoch ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern. § 23 Abs. 3 gilt entsprechend. 2. Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften.

Según dicen Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, en la 5ª edición del importante “*Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*”, bajo la aclarada y precisa traducción de Miguel Olmedo Cardenete, publicada por la Editorial Comares (Granada, 2002), “*el fundamento de la pena en el § 30 reside en la especial peligrosidad de vínculos conspiradores que involucrando a otras personas hacen*

³⁸⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel; QUINTANAR DÍEZ, Manuel. Op. cit., p. 221-222.

³⁸⁷ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Astrea, 1995. Parte General. v. 2. p. 9.

surgir la resolución delictiva. De este modo se dificulta psicológicamente al autor renunciar a la comisión del hecho".³⁸⁸

Es lo que se puede ver, también, por ejemplo, en las construcciones doctrinales de Günther Jakobs, inicialmente en su escrito de 1985, denominado "*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*", perfeccionadas más tarde en los trabajos "*Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar) ihrer Zeit*", publicado en 2000 y "*Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*", editado en 2003. En referidos ensayos Jakobs pretendió, entre otras directrices, fijar justificaciones sustanciales para criminalizaciones en la parte previa de la ofensa a bienes jurídicos, a través de la dicotomía conceptual del Derecho Penal del ciudadano (*Bürgerstrafrecht*) y del Derecho Penal del enemigo (*Feindstrafrecht*), que prepara la formación de un sistema punitivo de rasgo simbólico e intervencionista, característico de las sociedades postindustriales. De acuerdo con Jakobs, el Derecho Penal puede establecer diferentes imágenes de las personas, o sea, concebir al autor de una infracción penal como un ciudadano o como un enemigo, ostentador de una fuente de peligro para los bienes que van a ser tutelados. Para los primeros, individuos que disponen de una esfera libre del Derecho Penal, el Estado sólo está autorizado a actuar de forma punitiva, con la finalidad de confirmar la estructura normativa de la sociedad, desde el instante en que la conducta del autor pase a representar una perturbación exterior; para los segundos, regulados por el Derecho Penal del enemigo, por no poseer cualquier parcela privada de prerrogativas, pueden ser responsabilizados en la etapa antecedente a los actos ejecutorios, hasta incluso por sus más íntimos pensamientos, todo con el objetivo de combatir con eficacia la peligrosidad de los agentes infractores. Para Jakobs, en ese último sector, "*a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos*".³⁸⁹ De acuerdo con Jakobs, los enemigos no pueden recibir las atribuciones propias de una persona, siendo, en rigor, clasificados como no-personas ("*Feinde sind aktuell*

³⁸⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Granada: Comares, 2002. Parte General. p. 755.

³⁸⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35-36.

Unpersonen”), como si fueran animales salvajes, una vez que no aceptan coacción para vivir en un estado de civilidad, de modo que la actuación del Derecho frente a ellos tiene que estar dirigida al objetivo exclusivo de neutralizar un foco emanador de peligro. Aduce el autor que “*quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo*”.³⁹⁰ El Estado, por lo tanto, tendría el derecho de recusar para determinados seres humanos el *status* de persona, ablandando garantías procesales, lo que no significa que se pueda hacer con tales sujetos, incluidos en el elenco de los enemigos, lo que se quiera, pues están dotados de personalidad potencial, no permitiéndose de esa forma, en el manoseo del Derecho punitivo, rebasar la medida de lo necesario. Con base en estas explicaciones, el Estado no sólo tiene el derecho de tratar a individuos peligrosos como no-personas, sino además el deber de proceder de esa manera en la medida que venga a identificarlos como violadores convictos y reiterados de las normas del contrato social, afectando con sus hechos delictivos el derecho a la seguridad de los miembros de la colectividad. En verdad, esa visión funcionalista de Jakobs aquí retratada de forma permanente no constituye una propuesta innovadora, pues como recuerda Francisco Muñoz Conde, ya había sido propagado algo similar en el período nacionalsocialista a través de la dicotomía de las categorías del “amigo-enemigo”, manifestada por el importante teórico del nacionalsocialismo Carl Schmitt, concepción en que también se puede ver la presencia de un grupo de ciudadanos politizados y titulares de derechos, y otro abarcando a aquéllos privados de esas prerrogativas. Observa, sin embargo, Muñoz Conde que,

la única diferencia entre la fundamentación funcionalista actual del Derecho penal y la que ofrecía el nacionalsocialismo es que el funcionalismo está dispuesto a asumir también que Derecho es lo que es funcional (útil) al sistema democrático, aunque muchos de sus preceptos no tengan nada de democrático.³⁹¹

³⁹⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 49.

³⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”**. Buenos Aires: Hamurabi, 2005. p. 64.

Hay que destacar, sin embargo, que en una posición preliminar acerca del tema, Jakobs ponía de relieve que el Derecho Penal del enemigo sólo se presentaba legítimo en situaciones de emergencia, debiendo tener así un carácter excepcional, estando completamente separado del espectro del Derecho Penal del ciudadano, compartimento en el cual las garantías fundamentales del Estado de Derecho deben reinar. Analizando sin embargo los escritos más recientes en que sistematizó y ahondó sobre tema se nota como Jakobs admite que las dos directrices poseen claramente sus ámbitos legítimos de incidencia, lo que, particularmente sobre el Derecho Penal del enemigo, presupone manifestación plena fuera de los casos del régimen de urgencia y de la excepcionalidad. Con ello, observa Luís Greco que el Derecho Penal del enemigo se caracteriza por

uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos da delinqüência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade. Na mais recente manifestação, são mencionados como ulteriores exemplos do direito penal do inimigo alguns pressupostos da prisão preventiva, as medidas de segurança, a custódia de segurança e as prisões de Guantánamo.³⁹²

Pueden añadirse como elementos identificadores de esa dirección los decretos de incomunicación del preso; las privaciones de libertad para la simple averiguación con base en las meras sospechas; el estímulo a la delación premiada; la creación de juzgados de excepción, a veces con identidad sigilosa y, también, la imposición de formas rigurosas de ejecución de la sanción penal. Recuerda Diogo Rudge Malan que tal vez el ejemplo más reciente, patente y agudo de concretización de los paradigmas del Derecho Penal del enemigo venga ocurriendo en los Estados Unidos con la publicación de la Orden Militar Presidencial, de 13 de noviembre de 2001, disciplinando sobre la “detención, tratamiento y enjuiciamiento de algunos no-ciudadanos en la guerra contra el terrorismo” (*“Detention, Treatment and Trial of Certain Non-citizens in the War Against Terrorism”*). Sintetiza el autor que

³⁹² GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 13, n. 56, p. 86, 2005.

trata-se de ato normativo, promulgado por força do notório atentado terrorista de 11 de setembro daquele ano, ao qual estão sujeitos os indivíduos considerados suspeitos de (i) integrar ou ter integrado a organização terrorista conhecida como Al Qaeda; (ii) praticar qualquer ato terrorista, ou ato preparatório deste último, ou até mesmo simplesmente ter conspirado para praticá-lo; (iii) hospedar qualquer pessoa referida nos itens anteriores.³⁹³

5.3 INFRACCIONES A LOS PRINCIPIOS DE EXTERIORIDAD Y DE ALTERIDAD EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO

5.3.1 Cuadrilla o Bando

En el ordenamiento jurídico penal brasileño, el legislador incurre eventualmente en una falta de respeto del principio de la exterioridad, al admitir la punición de actos preparatorios, aumentando la actuación represiva estatal, como ocurre por ejemplo en el caso del delito de “cuadrilla o bando”, tipificado en el art. 288 del Código Penal, verdadero “tipo penal de autor”. Referida disposición conmina con sanción penal la mera asociación de más de tres personas, con carácter de estabilidad (“*societas delinquentium*”), con la finalidad de cometer delitos, de la misma especie o no. Tal y como señaló Heleno Fragoso “*o acordo de vontade para a prática reiterada de crimes constitui, em verdade, apenas um ato preparatório, que seria impunível, se o legislador não o tivesse erigido em crime autônomo, em face do perigo que acarreta e do alarma social que provoca*”.³⁹⁴ En el mismo sentido se posiciona Magalhães Noronha al afirmar que “*o que se divisa realmente na espécie é um ato preparatório, que a lei erigiu à categoria de crime, em face do relevo do bem jurídico posto em perigo*”.³⁹⁵

En nuestra opinión, los fundamentos presentados por los preclaros penalistas brasileños para justificar la existencia de ese tipo penal, el cual instituye una ilegítima punición de acto preparatorio, en los moldes del positivismo de Garófalo y Ferri, no son convincentes, puesto que ni la relevancia de la paz pública, bien jurídico que es

³⁹³ MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, Ano 14, n. 59, p. 232, 2006.

³⁹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Especial, p. 286-287.

³⁹⁵ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4, p. 95.

expuesto a peligro por esta conducta y, menos aún, la alarma social que las asociaciones ilícitas provocan en la colectividad son convincentes para aceptar la no observancia del principio elemental de exterioridad. Además de esto, advierte Mariano Silvestroni al analizar críticamente la figura típica de la “asociación ilícita”, presente en el art. 210 del Código Penal argentino, que

el hecho de tomar (o formar) parte de una asociación no es una acción sino una simple circunstancia, un estado de cosas, y es simplemente eso lo que la ley penal describe en esta figura, dejando indeterminada la conducta que hace que el sujeto se transforme en un miembro de la banda.³⁹⁶

La idea de admitir que la noción indeterminada de peligrosidad criminal y los reclamos sociales, muchas veces fabricados artificialmente por los medios de comunicación, tengan fuerza suficiente para alejar los principios básicos del Derecho Penal, constituye la proclamación nefasta de la utilización simbólica del ordenamiento punitivo, únicamente con la finalidad de apaciguar los ánimos de la colectividad, dando la impresión de que se está haciendo algo para combatir situaciones indeseables y perturbadoras. De modo que comulgamos plenamente con las enseñanzas de Claus Roxin cuando dice que *“en el caso de preceptos que extienden ampliamente la punibilidad al campo previo a las acciones concretas o que castigan meras manifestaciones de la actitud interna, puede ser absolutamente dudosa su admisibilidad desde los puntos de vista del Estado de Derecho”*³⁹⁷.

En el Derecho Penal español, advierte Miguel Polaino Navarrete que

en una serie de tipos de nuestro Código, los actos preparatorios, que representan una manifestada resolución de delinquir, y los grados imperfectos de ejecución han sido elevados a la categoría de delitos independientes, confiriéndoseles en la descripción legal respectiva *nomen juris* propio.³⁹⁸

³⁹⁶ SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría Constitucional del Delito**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 132.

³⁹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal...**, p. 59.

³⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Los Elementos Subjetivos del Injusto en el Código Penal Español**. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1972. p. 310.

Un típico ejemplo que de esa situación presenta el autor es también el “delito de asociaciones ilícitas”, regulado en los arts. 515 a 521 del actual Código Penal. Referida cuestión igualmente fue destacada por Bernardo del Rosal Blasco cuando subrayó que

se ha discutido doctrinalmente, si, como en el caso de las reuniones o manifestaciones ilícitas, aquí nos encontramos ante actos previos a la ejecución, que no protegen, en sí, un bien jurídico distinto de aquel que está amparado por el delito que pretenden evitar, adelantando las barreras defensivas del Derecho penal, o ante delitos autónomos e independientes.³⁹⁹

5.3.2 Arma de Fuego

Otra situación que viola, a nuestro juicio, los principios de exterioridad y de alteridad, así como los de legalidad y ofensividad, verdaderos escudos del Estado Democrático de Derecho, es la del art. 14 de la Ley 10.826/03, que configura el delito de “*portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”. Estas figuras típicas representaban antes, como ya afirmamos, meras faltas, pero el Congreso Nacional, con la finalidad de remediar las constantes demandas de la colectividad, la cual, inducida por las campañas de los medios de comunicación, tenía la convicción de que estructurando un tratamiento penal más severo a estos ilícitos podría dar lugar a que se alcanzase la deseada disminución de su incidencia. Se resolvió entonces recurrir, una vez más, a la fórmula mágica del endurecimiento penal, elaborando inicialmente la Ley 9437/97, la cual transformó las referidas faltas en delitos, y posteriormente la Ley 10.826/03, que fijó un tratamiento punitivo más enérgico para tales figuras delictivas.

³⁹⁹ ROSAL BLASCO, Bernardo del; CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel et al. **Compendio de Derecho Penal Español...**, p. 952-953.

Por lo pronto se puede ver como el legislador, en la referida disposición, está admitiendo la punición de actos preparatorios, afectando así al principio de exterioridad.

Igualmente afecta al principio de alteridad, pues se sabe que no hay delito sin víctima, situación que a nuestro juicio se da en la presente hipótesis. Registra con lucidez el profesor Lenio Luiz Streck que

não se venha dizer que a vítima desse crime é a sociedade, porque a sociedade é sempre vítima (a idéia de crime implica per se uma conduta anti-social). Ou seja, é muito simplório dizer que a vítima, no caso sob análise, seja a sociedade. E a criminalização não pode ser produto de simples discricionariedade do legislador!⁴⁰⁰

El mencionado tipo penal toca, de la misma forma, el principio de legalidad, específicamente en la vertiente correspondiente a la *lex certa*, por la extrema vaguedad y ambigüedad de su redacción, no proporcionando por ejemplo al operador del derecho una distinción precisa entre lo que viene a ser una conducta de portar y la acción de tener una arma de fuego, siendo, según Lênio Streck, una disposición “*antigarantista, porque estabelece, em outras palavras, que quem-de-qualquer-modo-se-aproximar-de-arma-de-fogo estará sujeito às penas da lei!!!*”⁴⁰¹

Además lesiona el principio de lesividad, una vez que el mero comportamiento de guardar o poseer arma de fuego sin autorización no expone a peligro concreto cualquier bien jurídico, caracterizándose así, en más un caso, el abominable peligro abstracto.

Los mismos argumentos críticos eran suscitados en relación al antiguo art. 10, párrafo primero, inciso II, de la Ley 9437/97, que anteriormente regulaba la materia, una manifestación simbólica más del Derecho Penal brasileño, la cual, con vistas a tranquilizar a la sociedad, conminaba con una pena de detención de uno a dos años

⁴⁰⁰ STRECK, Lênio Luiz. O “Crime de Porte de Arma” à Luz da Princiologia Constitucional e do Controle de Constitucionalidade: Três Soluções à Luz da Hermenêutica. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, Ano 1, n. 01, p. 53, 2001.

⁴⁰¹ Idem, p. 52.

y multa para quien utilizaba arma de juguete, simulacro de arma capaz de atemorizar a alguien, con el fin de cometer delitos. Aquí se tenía una evidente descripción de una conducta ilícita que no presentaba ninguna potencialidad de lesionar el bien jurídico tutelado, la seguridad pública, representando de ese modo una situación exótica de “criminalización de delito imposible” y una hipótesis de típica manifestación de un “Derecho Penal del autor”, por el hecho de dirigir la sanción a individuos que revelan una simple aptitud de peligrosidad. También, destacaba Luiz Flávio Gomes que

o requisito subjetivo especial do tipo (“para o fim de cometer crimes”) levamos a supor que o legislador quis criminalizar um ato (porte de arma) que seria preparatório de futuros delitos caso tal arma contasse com potencialidade lesiva. Como a arma de brinquedo, como o próprio nome diz, é um brinquedo, só resta concluir que estamos diante de uma pseudocriminalização de um ato preparatório.⁴⁰²

Referida circunstancia hacía por sí sola que se tocara frontalmente los principios de exterioridad y alteridad, comentados *supra*. En ese sentido se posicionan Luiz Flávio Gomes y William Terra de Oliveira al decir que “*com a edição do art. 10, parágrafo 1º, inc. II, constatamos uma antecipação da barreira protetora da norma, para abarcar situações com alto grau de precocidade, punindo-se meros atos de preparação que, em outras circunstâncias, seriam atípicos*”.⁴⁰³ Felizmente, la mencionada impropiedad normativa no tiene ya vigor en el Derecho Penal brasileño, una vez que, informa Flávio Augusto Antunes,

com a promulgação da Lei nº 10.826/03, que expressamente revogou a Lei nº 9.437/97, além de tratar de forma integral do seu objeto, não mais subsiste o caráter penal da utilização da arma de brinquedo, visto que a nova lei nada tratou desse assunto, configurando-se uma espécie de abolitio criminis em relação ao crime autônomo previsto no art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97.⁴⁰⁴

⁴⁰² GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processual Penal...** p. 149.

⁴⁰³ GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. Op. cit., p. 179.

⁴⁰⁴ ANTUNES, Flávio Augusto. Arma de brinquedo e o seu reflexo penal de acordo com o novo Estatuto do Desarmamento. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 12, n. 149, p. 13, 2005.

Sin embargo, con el surgimiento de esa nueva Ley 10.826/03, bautizada por algunos de “desarmamento civil”, no dejaron de existir algunas paradojas jurídicas, por ejemplo, la circunstancia de los arts. 12, 14, 16, 17 y 18, que tenían equiparada con la misma pena las conductas que recaían sobre arma, accesorio o munición. En esos términos, observa José Carlos Gobbis Pagliuca que

receberá a mesma sanção quem tiver uma arma de fogo ou, por exemplo, uma luneta, uma mira telescópica, um silenciador de tiro ou até mesmo, um tripé. Isso, em Direito Penal, é um tanto que ilógico, pois a ofensividade ao bem jurídico parece em desnível, porque é bem clara a distinção lesiva entre uma arma e um acessório.⁴⁰⁵

5.3.3 Usuario de Drogas

Por último, se viola también el principio de alteridad en el momento en que se criminalizan comportamientos que no excedan del ámbito del propio sujeto, una vez que nadie puede ser simultáneamente sujeto activo y sujeto pasivo de su propia conducta. Es por eso que no se pune la autolesión y la tentativa de suicidio. Ante tales afirmaciones se torna cuestionable cuando se sanciona criminalmente el usuario de drogas en el art. 16, de la Ley 6368/76. Dispone esta norma que

adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena- detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Veáse que tal situación criminalizante del usuario de drogas sigue presente en la nueva Ley de Tóxicos, Ley 11.343, de 23 de agosto de 2006 (con su entrada en vigor programada para 45 días después de la publicación), pero con la laudable supresión de la conminación con pena privativa de libertad. El art. 28 enuncia el siguiente contenido:

⁴⁰⁵ PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. Brevíssima passagem pelo desarmamento civil. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 11, n. 136, p. 15, 2004.

quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I- advertência sobre os efeitos das drogas; II- prestação de serviços à comunidade; III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. §3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I- admoestação verbal; II- multa. §7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Também con relación al tema, el art. 29 dice lo siguiente:

na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo. Parágrafo único. Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas.

A su vez, el art. 27 explicitó que las penas para los condenados por el delito de uso de drogas, “poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor”. Por último debe destacarse sobre el tema que el art. 33, § 3º, de la Ley 11.343/06, estableció que constituye delito sujeto a una pena de seis meses a un año y pago de setecientos a mil quinientos días-multa, sin perjuicio de las sanciones relacionadas en el mencionado art. 28, “oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”.

En opinión de Salo de Carvalho, “o uso configura apenas autolesão, sendo sua criminalização totalmente incoerente e incompatível com a perspectiva metodológica utilizada nos estatutos criminais nacionais”.⁴⁰⁶ A pesar de ello se mantiene la punición del consumidor de estupefacientes por una cuestión de política criminal, pues se parte del supuesto de que a través del combate del mero drogadicto se tienen ampliadas las posibilidades de represión de los traficantes.

⁴⁰⁶ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal das Drogas no Brasil**. Do Discurso Oficial às Razões da Descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 91.

Capítulo 6

PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD

6 PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD

6.1 NOCIONES GENERALES

El carácter fragmentario del Derecho Penal constituye un instrumento más de límite material del “*ius puniendi*” estatal por el hecho de restringir su actuación únicamente en la protección de los bienes jurídicos individuales o colectivos reputados como más importantes. Como ya se sabe, al Derecho como a un todo le cabe proporcionar la necesaria paz social, protegiendo algunos valores e intereses que resultan fundamentales al individuo o a la comunidad, garantizando de ese modo a los ciudadanos justicia y seguridad en sus relaciones. Partiendo de ese presupuesto, aclara Rodríguez Mourullo que,

dentro de la función general del Derecho, el Derecho Penal se caracteriza por proteger a través de la pena y la medida – que son los recursos más drásticos con que cuenta el ordenamiento jurídico – los más fundamentales valores del orden social, frente a los ataques que, desde el punto de vista de la convivencia social, aparecen como más intolerables. El Derecho Penal presenta, de esta suerte, necesariamente carácter fragmentario. No protege todos los bienes jurídicos sino los más fundamentales, y ni siquiera protege a éstos frente a cualquier clase de atentados, sino tan sólo frente a los ataques más intolerables.⁴⁰⁷

El primer autor que destacó el carácter fragmentario del Derecho Penal fue Karl Binding, en su “*Lehrbuch des Strafrechts*”, pero no en los moldes minimalistas que hoy se conciben y se instruyen para esta rama jurídica. Partiendo de una visión conservadora y retribucionista, este autor criticaba la circunstancia de que en la Parte Especial de los Códigos Penales no se daba una protección de la totalidad de los bienes jurídicos, pero sí de una forma incompleta y fragmentaria, lo que

⁴⁰⁷ MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. **Derecho Penal...**, p. 19.

consideraba un grave defecto por generar la impunidad de algunos comportamientos lesivos. Tal aspecto, en la visión del gran penalista alemán, necesariamente debía ser corregido para que el Derecho Penal pudiese concretizar su función primordial, la realización de la justicia.

Actualmente, en sentido diametralmente opuesto, desde una perspectiva ya no exclusivamente retributiva, sino también preventiva del Derecho Penal, destaca Santiago Mir Puig, que “*el carácter fragmentario se reputa como característica de un Estado respetuoso para con la libertad del ciudadano*”.⁴⁰⁸

A nuestro juicio, por la importancia que el principio de la fragmentariedad representa para el Derecho Penal, como forma de delimitar su campo de actuación, posibilitando distinguirlo de las demás ramas jurídicas, es imprescindible que se comente exhaustivamente, para los que se inician en los estudios penales, su significado y sus repercusiones prácticas y teóricas.

6.2 EL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL CONCEPTO DE DERECHO PENAL

Es conocida la siguiente caracterización del Derecho Penal propuesta por Franz von Liszt, de amplia influencia sobre otros autores: “*Derecho Penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el delito, como hecho, la pena, como legítima consecuencia*”.⁴⁰⁹

También de amplio tránsito es la definición que trae Eugenio Cuello Calón, según la cual Derecho Penal, en sentido objetivo, consiste en el “*conjunto de normas*

⁴⁰⁸ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las Bases del Derecho Penal**. Concepto y Método. Barcelona: Bosch, 1976. p. 126.

⁴⁰⁹ VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Reus, 1927. Tomo Primero. p. 5.

*establecidas por el estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de corrección y de seguridad con que aquéllos son sancionados”.*⁴¹⁰

Ya Juan del Rosal conceptúa el Derecho Penal “como la parte del ordenamiento jurídico positivo que regula el ejercicio del poder punitivo del Estado y que anuda, a causa del hecho cometido, penas y medidas de seguridad y prevención”.⁴¹¹

Tales definiciones, aunque formalmente correctas, en verdad sólo pretenden expresar la fase conclusiva del proceso nomogenético penal, aún impregnado de densos momentos valorativos subyacentes, en el curso del cual el legislador identifica e enuncia las conductas que tienen que ser puestas bajo la prohibición del precepto jurídico corroborado por la conminación penal.

Cabe, pues, tener siempre presente las razones y líneas de contenido que llevan al legislador a ora prohibir, ora ordenar la efectivación de determinados comportamientos.

Abarcadores de esa dimensión material implícita en las normas penales e indicadores del objetivo prestado a ellas por los que las crean, son, entre otras que aquí se podrían alistar, las siguientes formulaciones ofrecidas por José A. Sainz Cantero y José M. Stampa Braun.

Derecho Penal - dice el primer - es

el sector del ordenamiento jurídico que tutela determinados valores fundamentales de la vida comunitaria, regulando la facultad estatal de exigir a los individuos comportarse de acuerdo con las normas y de aplicar penas y medidas de seguridad a quienes contra aquellos valores atenten mediante hechos de una determinada intensidad.⁴¹²

⁴¹⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1953. Tomo I. Parte General. p. 8.

⁴¹¹ ROSAL, Juan del. **Derecho Penal** (Lecciones). Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, 1954. p. 1.

⁴¹² SAINZ CANTERO, José. Op. cit., p. 8.

Ya para Stampa Braun, el Derecho Penal es

el ordenamiento jurídico autónomo, perteneciente al derecho público, que tutela determinados intereses fundamentales del individuo y de la sociedad, mediante la aplicación de una pena o de una medida de seguridad a las conductas que contra aquéllos atenten (delitos).⁴¹³

Se constata, em ambas definiciones, el registro claro y expreso de que al Derecho Penal no cabe la tutela completa y exhaustiva de todos los bienes jurídicos.

Por bien jurídico hay que entender aquellos objetos, situaciones o realidades que el legislador reconoce como depositarias o impregnadas de valores y que, además de eso, identifica como apropiadas a la tutela del Derecho, además de carentes de ella y dignas de recibirla. Para la conservación y salvaguardia de tales objetos valiosos, actúa el Derecho buscando impedir la realización de conductas – acciones u omisiones – a que estean atadas lesiones injustificadas o riesgos intolerables de lesión contra aquellos, por eso, clasificándolas como ilícitos jurídicos.

Pero en ese caso, no se puede, tampoco se debe originar la consecuencia de que Derecho prohíba, bajo amenaza de sanción penal, cualquier ilícito penal, erigiendo, todos ellos, a la condición de delito o falta.

En las dos últimas definiciones presentadas aquí hay la mención expresa de que el Derecho Penal debe tutelar no a todos, sino una parte de bienes jurídicos y, mismo sobre estos, únicamente aplicando penas o medidas de seguridad a comportamientos que por sus características internas (voliciones, tendencias, intuitos o propósitos) y externas, configuren formas particularmente incisivas y graves de ataques y ofensas y, por lo tanto, más fuertemente intolerables para el mundo social.

⁴¹³ STAMPA BRAUN, Jose Maria. Op. cit., p. 19.

Así, ejemplificativamente, preceptúa el Código Penal brasileño, en su art. 18, párrafo único, que, “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Ya en lo que tiene que ver con espolio posesorio, estipula el estatuto punitivo, que el sólo configura ilícito penalmente sancionado (delito), cuando la invasión de terreno o edificio ajeno, con finalidad de espolio, ocurrió con uso de violencia o grave amenaza a la persona o a través del concurso de más de dos agentes (art. 161, § 1º, II, del Código Penal). El delito de daño (art. 163, del Código Penal), por regla, sólo se configura en la dolosa destrucción, inutilización o deterioro de cosa ajena, pero la modalidad culposa también constituirá delito si el objeto sobre el cual recaer la acción fuera planta de ornamentación de sitios públicos o existentes en propiedad privada (art. 49, § único, de la Ley 9605/98) o si atañer bien “especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial ou, ainda, se atingir arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial” (art. 62, § único, de la Ley 9605/98). La responsabilidad por no evitar lesión o peligro a un bien jurídico, en los delitos omisivos impropios, sólo se atribuirá a aquel que omitió la acción positiva que habría impedido cualquiera de esos dos hechos, cuando la efectivación de esa intervención obstativa era personalmente posible al que omitió y cuando él estuviese en situación generadora de específica obligación jurídica de resguardo del objeto atañido: posición que garantiza (art. 13, § 2º, del Código Penal brasileño).

Pues es precisamente ante la observación del parsimonioso y delicado proceso selectivo, retratado en los ejemplos ahora invocados, que el legislador concede atendimento adecuado al principio de fragmentariedad.

El Derecho Penal no debe constituir óbice a toda y cualquier ofensa injustificada a bienes jurídicos. Es su misión únicamente proteger los bienes más importantes y esenciales, frente a formas graves de ofensas que, si conservadas impunes, imposibilitan la convivencia social.

El Derecho Penal, por lo tanto, es una rama del ordenamiento jurídico que se debe ver en ese carácter fragmentario, sólo convocando para producir sus efectos

cuando los recursos ofrecidos por otros sectores del Derecho se presentan insuficientes e inadecuados.

En ese aspecto, son fuertemente diferentes las técnicas de enunciación de reglas legales que deben ser seguidas en el Derecho Penal y en sectores extrapenales del ordenamiento jurídico. En tal sentido, utilizando el modo expresional también hallado en similares cuerpos legales de otros países, dice el Código Civil brasileño, en su art. 186: *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Mutatis mutandi, esa enunciación extremadamente genérica del ilícito y de la sanción, también sería factible en el Derecho Penal. Incluso, no constituiría hipótesis totalmente sin razón si se construyese un Código Penal en cuya Parte Especial figurase un único artículo, textualizado, más menos, en los siguientes términos: “todo aquel que ante cualquier acción o omisión, dolosa o culposa, causar o no impedir la ocurrencia de evitable lesión o peligro de lesión al bien jurídico, sufrirá, en la medida de su culpabilidad, pena privativa de libertad oscilante entre un día y treinta años de prisión”.

Tal procedimiento sería, empero, inadmisibile en el ámbito de un Derecho Punitivo civilizado, por el espacio demasiado abierto que cedería a la discreción del aplicador de la norma.

Por lo tanto, refiere Miguel Polaino Navarrete, no debe constituir el Derecho Penal instrumento de garantía contra cualquier ofensa injustificada a bienes jurídicos. No agota él todo el Derecho. En la advertencia de ese autor, al Derecho Punitivo únicamente cabe la tutela de los

bienes y valores más importantes frente a los más graves ataques que imposibilitan la convivencia social. El Derecho penal es, pues, un Ordenamiento jurídico fragmentario, que sólo despliega sus efectos cuando

otros sectores del Derecho positivo resultan insuficientes cuando no inadecuados.⁴¹⁴

6.3 EL PROCESO DE SELECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS POR EL DERECHO PENAL

El legislador, en el proceso de selección de los bienes jurídicos que considera dignos y necesarios de tutela penal, debe orientarse por los valores mayoritariamente reconocidos en la comunidad y por el objetivo de atender los reclamos sociales más insistentes y justos. Evitará dejarse influir por exigencias irracionales y emotivas advenidas de determinadas parcelas de la colectividad. Tales postulaciones no raramente son provocadas y sostenidas por medios de comunicación y por grupos minoritarios hegemónicos y socialmente poderosos. Referidas instancias, frecuentemente, pleitean la utilización del Derecho Penal de una forma predominante o exclusivamente simbólica o promocional, como fórmula simple y eficaz para generar seguridad y calmar formas más ruidosas de rebeldía, especialmente en tiempos de crisis económica, social y política.

Como muy bien articula Muñoz Conde, el carácter fragmentario trae tres importantes consecuencias para el ordenamiento jurídico penal:

en primer lugar, defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos casos, etc.; en segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del Ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales, como la homosexualidad o la mentira.⁴¹⁵

Este penalista también corrobora que en términos de política criminal, el legislador debe seguir la cartilla elaborada por Max Ernst Mayer, en su escrito "*Der*

⁴¹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal**. México: Porrúa, 2001. p. 374.

⁴¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. p. 72.

allgemeine Teil des deutschen Strafrechts” (Heidelberg, 1915), en el sentido de que un bien jurídico, para ser protegido por el Derecho Penal, debe ser “merecedor de protección”, “necesitado de protección” y “capaz de protección”. Según Ernst Mayer

los preceptos penales son una garantía para los súbditos del orden jurídico, sea que éstos estén subordinados a la autoridad del Estado como nacionales o como extranjeros, sea, igualmente, que los pensemos como individuos o como colectivos, ligados ya a una comunidad nacional, ya a una estatal; ellos les garantizan la protección de determinados intereses, a saber, de aquellos que el Estado considera de tal manera dignos de tutela y necesitados de salvaguarda que la lesión de esos intereses mediante el más enérgico medio de protección, esto es, a través de la pena, podrá y tendrá que ser contenida y dar lugar a expiación (capacidad de tutela).⁴¹⁶

Sobre la circunstancia de ser merecedor de protección, no hay como alejar un cierto grado de subjetividad del legislador en su apreciación, debiendo él considerar, evidentemente, el valor que se atribuye a un determinado bien por el grupo social, condicionado por los factores históricos, culturales, económicos, políticos y costumbristas, proceso selectivo éste que, algunas veces, será objeto de cuestionamientos y modificaciones. Algunos bienes jurídicos claman por incidencia de la sanción penal, lo que ocurre en los casos en que las demás ramas del Derecho no poseen mecanismos aptos para proporcionar una tutela eficaz o que hasta protegen, pero de forma insuficiente. En ese diapasón, subraya Jescheck que

en toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que son, por tanto merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública. Tales bienes elementales son, por ejemplo: la vida humana, la integridad corporal, la libertad personal de acción y de movimiento, la propiedad, el patrimonio, la seguridad del tráfico, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos, el orden constitucional, la paz pública, la seguridad exterior, la protección de las minorías nacionales, étnicas o culturales frente al peligro de exterminio o de un trato indigno, la protección de órganos estatales extranjeros, así como de sus símbolos y emblemas, el trato humanitario de los prisioneros de guerra, etc. Estos valores se convierten en bienes jurídicos gracias a su incorporación a la esfera de protección del orden jurídico.⁴¹⁷

⁴¹⁶ MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. Parte General. p. 26.

⁴¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal...**, p. 9-10.

Es importante que se diga que en la legislación brasileña no hay una norma legal que contemple expresamente el principio de fragmentariedad, pero, se recomienda seguir la tendencia, presente en España e Italia, conforme enseña Francesco Palazzo,

a 'jurisdicizar' – por assim dizer – o bem objeto da tutela, que é concebido, obviamente, como um pré-dado relativo à norma penal, mas deduzido diretamente da Constituição, instrumento capaz de ofertar um catálogo dos bens merecedores de tutela e de também estabelecer uma hierarquia de valores.⁴¹⁸

En Brasil y siguiendo esa misma línea de razonamiento, advierte Márcia Dometila Lima de Carvalho que

a eleição de bens jurídicos dignos de proteção pela lei penal deve guardar relação com os bens jurídicos existentes na Constituição, haja vista ser dela deduzível o conceito de direito, a idéia de justiça que deverá informar todo o ordenamento jurídico, conformando toda a legislação infra-constitucional.⁴¹⁹

Por lo tanto, se se hace una lectura atenta de la Constitución brasileña, especialmente del art. 5º, insertado en el Título II, que versa sobre los “Derechos y Garantías Fundamentales”, se constata, por ejemplo, que en el *caput* de esta disposición se consagra la inviolabilidad de los derechos a vida, igualdad, seguridad y prosperidad y, en su inciso III, sobresale la protección de la dignidad de la persona humana, valores que, sin duda alguna, rellenan las cualidades exigidas para ostentar la clasificación de bienes jurídico-penales. Tampoco se puede olvidar la circunstancia de que solamente ciertas formas de agresión a esos bienes, reputadas como socialmente intolerables, deben ser reprimidas mediante sanción penal.

⁴¹⁸ PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 84-85.

⁴¹⁹ LIMA DE CARVALHO, Márcia Dometila. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 162.

En un Estado Democrático de Derecho, referida “filtraje constitucional” de los bienes jurídicos que son transportados para el ordenamiento jurídico penal es de suma importancia, pues, como pondera Palazzo,

o catálogo de bens de relevo constitucional serve não somente de critério para a reforma da parte especial do código, mas de uma vasta gama de indicações despenalizadoras de ilícitos existentes e que são, do ponto de vista constitucional, insignificativos; tem-se, ademais, um parâmetro de referência para a hipotética declaração de inconstitucionalidade daqueles tipos com os quais o legislador, sem atender o já mencionado catálogo constitucional, manifesta haver ‘abusado’ do poder punitivo, em detrimento da proteção à liberdade individual.⁴²⁰

Además de las recomendaciones supra mencionadas, entendemos que el legislador, en el labor de selección de bienes que deben ser amparados por el Derecho Penal, no puede olvidar del contenido programático delineado por otros principios básicos de política criminal. Él no debe alejarse de los postulados de la *ultima ratio* o de la necesidad de la pena criminal, de la justa proporcionalidad entre el desvalor del ilícito y la sanción penal, también los de naturaleza político-constitucional como los de lesividad, exterioridad, alteridad y de la tolerancia, que, como hemos visto, impiden una correspondencia absoluta entre el Derecho Penal y la Moral, a partir del postulado de que el Estado utiliza este sector del Derecho con la finalidad precípua de proporcionar una vida social ordenada, evitando la guerra civil entre los ciudadanos. En esa línea de pensamiento, hay que considerar la advertencia procedente de Claus Roxin de que “*el legislador no está facultado en absoluto para castigar sólo por su inmoralidad conductas no lesivas de bienes jurídicos*”.⁴²¹

Estos principios, si fielmente respetados, impiden que la legislación penal tome un crecimiento insólito y patológico, inhibiendo el proyectista de las leyes de

⁴²⁰ PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 85.

⁴²¹ ROXIN, Claus. **Problemas Básicos del Derecho Penal**. p. 23.

construir tipos penales definidores de conductas que de forma alguna representan ofensas significativas a bienes jurídicos primordiales para el grupo social.

Reclutando nuevamente las enseñanzas del profesor Francesco Palazzo, concluye él que,

em síntese, pode-se dizer que da influência desses princípios constitucionais deve originar-se uma tendência à secularização do direito penal, secularização não identificada apenas na vitória de certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil, e a excluir, em consequência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico.⁴²²

De ese modo, no se debe legitimar la intervención penal frente a comportamientos meramente pecaminosos o inmorales, no proveídos del necesario grado de lesividad a bienes jurídicos relevantes, da mesma forma para punir simples ideas, sentimientos, creencias o formas de ser, debiéndose asegurar y respetar el derecho a la perversidad, o sea, de ser una persona diferente de la gran mayoría, sin ser reprendida por esto. Según Jorge de Figueiredo Dias,

decerto, convicções as mais diversas em matéria política, religiosa, moral e social - e, quantas delas, divergentes das da ordem jurídica - toda a gente as tem; e o princípio democrático da tolerância obriga o Estado a respeitá-las. A censura da culpabilidade jurídico-penal não se dirige, porém, à convicção *qua tale*, se não que à lesão de bens jurídicos provocada pelo fato em cuja etiologia aquela convicção está presente.⁴²³

El legislador debe centralizar su actividad no en el montaje de un renombrado Derecho Penal del autor, que tanto encantó y solidificó algunos regímenes totalitarios, pero sí en la construcción de un Derecho Penal de hecho, de la conducta

⁴²² PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 87.

⁴²³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 321.

lesiva de bienes jurídicos, haciendo con que los agentes infractores sean responsabilizados por lo que hicieron y no por lo que son, se creando un sistema jurídico que venga a respetar la dignidad y la autonomía moral de los individuos.

Como muy bien explica Zaffaroni

no se pueda penar a la mujer que usa la falda diez centímetros más larga o más corta, porque contraviene la moda o porque desagrada a las comadres del barrio que la atisban detrás de la ventana, pero se puede penar al que sale desnudo a la vía pública porque afecta el sentimiento de recato y reserva sexual de quienes se ven constreñidos a verle en tal estado sin quererlo; no se puede penar a quien se desnuda en su dormitorio, aunque le vea la vecina que para espiarle trepó por los techos; no se puede penar a alguien porque usa barba o porque la deja de usar, pues con ello no afecta ningún bien jurídico y el derecho no aspira a formar un ciudadano con o sin barba, sino sólo a un ciudadano que no afecte bienes jurídicos ajenos.⁴²⁴

⁴²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**. p. 32.

Capítulo 7

PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

7 PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

7.1 IMPORTANCIA Y FUNDAMIENTOS

Al Derecho Penal sólo cabe definir como infracciones penales aquellas conductas que, a la par de reconocidas como injustificadamente lesivas a bienes jurídicos, deben ser vistas como revestidas de características tales que impongan, como única forma adecuada y necesaria de sanción, la pena criminal (o medida de seguridad). Ese postulado, como hemos visto, expresa el principio que preconiza el carácter fragmentario del Derecho Penal.

De él ya se originan consecuencias importantes que se dirigen al acogimiento del principio de intervención mínima, incluso hay los que identifican en la obediencia al principio de fragmentariedad, el dibujo inicial de aquel primer postulado.

En efecto, observó Santiago Mir Puig que el carácter fragmentario del Derecho Penal, conjugado con la noción relativa a su naturaleza subsidiaria o de *ultima ratio*, remite al principio de intervención mínima.⁴²⁵

Verdaderamente, el legislador disfruta de amplio espacio discrecional al establecer que bienes tendrán la tutela del Derecho, se transfigurando en bienes jurídicos; que conductas serán reputadas injustificadamente lesivas o peligrosas para tales bienes, se evidenciando, por lo tanto, como ilícitos jurídicos; finalmente sobre que ilícitos jurídicos acaecerá la reprimenda penal, constituyéndose en delitos o faltas. Con referencia a ese momento conclusivo y último del proceso formador de las definiciones jurídico-penales, observan Reinhart Maurach y Heinz Zipf que el

⁴²⁵ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal...**, p. 89.

Derecho Penal “describe ciertos comportamientos ilícitos típicos (contravenciones a la norma) como un acotado acontecimiento de la vida y los somete a una pena”.⁴²⁶

Ese amplio poder estimativo y de elección no debe, sin embargo, significar decisionismo extremo y sin control, confiriendo al legislador facultad irrestricta para deliberar sobre la fijación y empleo de efectos penales dirigidos a la protección de bienes.

Las modalidades de comportamientos injustificados y lesivos o peligrosos que, sin embargo, no sean subsumibles en esas imágenes rectoras expresadas en un tipo, permanecerán fuera del alcance del Derecho Penal y no podrán ser objeto de encuadramiento correspondiente a ese espacio jurídico.

Conforme observan Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, el principio de intervención mínima debe abarcar la directriz de que “los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos por el Derecho penal, sino también ante el Derecho penal”.⁴²⁷

La falta de atención a ese criterio de parsimonia y de comedimiento en la fijación de las hipótesis configuradoras de la ilicitud penal y previsión de la correspondiente sanción, origina aquella grave deformidad de la legislación punitiva que Maurach y Zipf expresamente denominaron “hipertrofia del Derecho Penal”. Hipertrofia cuantitativa, traducida en la formulación numéricamente desmedida y abusiva de tipos penales, casi haciendo de cualquier ilícito un delito y generando proceso desvirtuado de “criminalización de la vida social”; hipertrofia cualitativa expresada en la utilización de efectos penales excesivos y hasta deshumanos, que quiebran la regla de la correspondencia razonable entre el *quantum* de injusto contenido en el hecho y el castigo respectivo.⁴²⁸

Conforme Polaino Navarrete, a veces se ha verificado la interferencia de “dos cuestiones distintas, aunque no inconexas, en la caracterización técnica del

⁴²⁶ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 346.

⁴²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 79.

⁴²⁸ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 35.

concepto del Derecho penal: la fragmentariedad del ordenamiento punitivo y el merecimiento de tutela penal de los bienes jurídicos".⁴²⁹ Una cosa es el legislador orientarse por el criterio de que al tipo penal sólo hay que llegar aquellos comportamientos considerados lesivos o peligrosos para bienes jurídicos (desvalor del resultado) y, además de eso, en sí mismos injustificados o no valerosos (desvalor de la acción). Otra cosa es dilucidar en concreto que objetos y situaciones tiene que ser reconocidos como impregnados de valor (bienes); entre ellas, cuáles son las que deben recomendar a la tutela del Derecho (bienes jurídicos); qué comportamientos deben ser vistos como injustificadamente ofensivos a tales realidades (ilícito jurídico) y, entre ellos, cuáles los que, por sus consecuencias, reclaman la cohibición a través de la pena criminal (delito).

Pues es exactamente en el desdoblamiento de ese proceso escalonado de valoración, que hay que imperar el criterio de la intervención mínima.

Como excelentemente subrayó también Polaino Navarrete,

si la relatividad y la fragmentariedad del Derecho penal se asientan en el reconocimiento y la constatación legales de que la represión de un determinado comportamiento con una pena resulta indispensable en orden a la protección de la sociedad, en un ámbito en el que las consecuencias jurídicas de otra naturaleza carecen de relevancia y eficacia, a su vez, la estimación de lo que a la sociedad conviene sancionar penalmente no puede ser efectuada sino por la vía de la comprobación de los bienes y valores susceptibles y requeridos de la tutela penal.⁴³⁰

Incluso, cabe también recordar la juiciosa observación de Lorenzo Morillas Cueva, según la cual la necesidad de intervención del Derecho Punitivo para asegurar la convivencia social, es, hoy día, reconocida incuestionablemente,

pero únicamente en clave de última opción del Ordenamiento jurídico. La prioridad la tienen otros instrumentos de control más moderados, si éstos son suficientes para esa protección. Dicha exigencia del Estado social, en la

⁴²⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Fundamentos Dogmáticos...**, p. 374.

⁴³⁰ *Idem*, p. 375.

actualidad frecuentemente ignorada, ha de dirigir hacia una limitada utilización e intervención de los mecanismos penales.⁴³¹

Conforme ya destacamos, el principio de intervención legalizada y la idea de que solo se puede incriminar comportamientos que lesionen o expongan a peligro de lesión bienes jurídicos, constituyen instrumentos limitadores de poder punitivo del Estado y de contención del albedrío judicial, pero no poseen subsidios suficientes para balizar la actividad legislativa, cuanto al contenido y extensión de las normas penales, en el sentido de impeler la creación de tipos técnicamente inadecuados y de instituir sanciones penales desproporcionales y atentatorias a dignidad de las personas. Bajo ese aspecto, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, preocupada con la faz sustancial de las leyes penales, estampó, en su art. 8º, que *“la ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son evidentemente necesarias”*, naciendo, de ese modo, un paradigma fundamental del Derecho Penal, una directriz de confinamiento de su actuación, el principio de la intervención mínima o de la necesidad, representando una brújula de orientación para el legislador en el trayecto del poder punitivo estatal. Se parte de una premisa utilitarista del Derecho Penal, según la cual, aclara Mir Puig, *“el principio de la “máxima utilidad posible” para las posibles víctimas debe combinarse con el de ‘mínimo sufrimiento necesario’ para los delincuentes”*.⁴³²

A través del principio de intervención mínima la utilización de los recursos propios del Derecho Penal para disciplinar una determinada materia solamente se tornan legítimos a partir de la constatación de que las demás ramas del Derecho, proveídas de instrumentos sancionatorios más blandos, no tienen condiciones de proporcionar una eficaz y satisfactoria tutela jurídica.

Maurach y Zipf, en el importante libro ya referido, señalan que

el ordenamiento jurídico dispone de los más diversos recursos para procurarse autoridad y garantizar su prevalencia. Pero desde el punto de vista de política jurídica, la selección y la acumulación de estas medidas se

⁴³¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Derecho Penal**. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal. Madrid: Dykinson, 2004. Parte General. p. 129.

⁴³² MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal...**, p. 127.

encuentran sometidas al postulado de que no está justificado aplicar un recurso más grave cuando cabe esperar el mismo resultado de uno más suave: tan reprobable y absurdo es aplicar penas criminales a la infracción de obligaciones privadas contractuales, como querer impedir un asesinato amenazando al autor con la simple imposición de las costas de entierro o con la privación de la legítima que le correspondería sobre la víctima. *Jure est civiliter utendum*: en la selección de los recursos propios del Estado, el derecho penal debe representar la *ultima ratio legis*, encontrarse en último lugar y entrar sólo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden público. La naturaleza secundaria del derecho penal no es más que una exigencia ética dirigida al legislador.⁴³³

Su fundamento político está basado en la concepción ilustrada de que el ejercicio punitivo estatal viene del contrato social, pero que no es ilimitado, una vez que las personas cedieron solamente una parcela de su libertad para la formación de la sociedad organizada, o sea, aquella indispensable para la manutención de la paz social, de modo que cualquier tipo de intervención no pactada constituye un incumplimiento contractual intolerable y abusivo.

Muy buenas para elucidar son las palabras de Beccaria que, al tratar de la origen de las penas y del derecho de punir, afirmó que

só a necessidade contrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de tôdas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável fôr a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súbditos.⁴³⁴

Bajo el punto de vista científico las más avanzadas investigaciones criminológicas llegaron a la conclusión de que la escasa eficacia preventiva y los altos costos sociales contabilizados por el uso de los recursos propios del Derecho Penal constituyen una comprobación práctica de la necesidad de someterlo a

⁴³³ MAURACH, Reinhart. Op. cit., Tomo I, p. 31.

⁴³⁴ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 33-34.

mínima intervención, mediante la implantación de un programa de máxima contención de la violencia punitiva. Al final de cuentas, está sedimentada la tesis de que, subraya Antonio García-Pablos,

más Derecho Penal no significa menos delito; más leyes, penas más severas, más policías, más cárceles, no significa menos criminalidad. La pena no convence, disuade, atemoriza. Refleja más la impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones, que la convicción y la energía necesarias para abordar los problemas sociales. Ninguna política criminal realista puede prescindir del castigo, pero tampoco cabe degradar la política criminal convirtiéndola en mera política penal. La “huida hacia el Derecho Penal” es una pésima estrategia, y, desde luego, existe evidencia empírica de que la inflación penal y los excesos del rigor punitivo lejos de reforzar los mecanismos inhibitorios y de prevenir el delito producen efectos criminógenos.⁴³⁵

Son notorios también los efectos maléficos que las sanciones penales, principalmente en lo que tiene que ver con el cárcel, producen en los delincuentes y sus familias, pues no proporcionan la deseada resocialización, pero lo contrario, lo estigmatiza, hace con que se quede con una señal indeleble, siendo, en general, un elemento odiado y repudiado para siempre por la sociedad, por el simple hecho de ya haber sido, un día, muy lejano, bautizado por una sanción penal. Además de eso, una intervención penal exagerada puede generar un efecto contrario al que se pretende, agravando o produciendo conflictos más graves que los que inicialmente se tenía la finalidad de eliminar. Por lo tanto, el Estado que dispone de varios mecanismos coercitivos para cumplir de forma eficiente su función de organizar la sociedad no debe recurrir a los medios más severos como son los del Derecho Penal, en caso de emplear exitosamente los instrumentos más blandos y no tan devastadores, provenientes de las demás ramas del Derecho, en la tarea protectora de los bienes jurídicos, buscando, siempre que sea posible, una intervención menos lesiva o limitadora de los derechos individuales. Como señaló Claus Roxin: “*donde basten los medios del Derecho Civil o del Derecho público, ha de retraerse el Derecho penal*”.⁴³⁶

⁴³⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Introducción al Derecho Penal**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 560.

⁴³⁶ ROXIN, Claus. **Problemas Básicos del Derecho Penal**. p. 21.

Muchas veces es perfectamente posible obtener una prevención más eficaz de la criminalidad a través de la adopción de programas y estrategias, oriundas de sectores extrapenales y hasta extrajurídicos, que actúen directamente en sus factores propulsores.

7.2 LA HIPERTROFIA DEL SISTEMA PUNITIVO. EL EMPLEO SIMBÓLICO Y PROMOCIONAL DEL DERECHO PENAL

A pesar de haber sido extremadamente difundido y halagado por los pensadores iluministas, pasando a ser una de las banderas del Derecho Penal contemporáneo, y de la amplia divulgación de las modernas investigaciones científicas de carácter interdisciplinar que registran un cuadro desolador de los resultados prácticos de los propósitos del Derecho Penal, el principio de intervención mínima ha sufrido, desde el inicio del siglo XIX, constantes turbulencias. Esto se debe fundamentalmente al empleo de una política criminal alucinante y demagógica, dirigida a una creciente criminalización, haciendo que ocurra una proliferación desordenada y febricitante de la legislación penal, bajo el ideal de que la eficacia de leyes penales depende de su propio rigor, transformando el Derecho Penal en el único medicamento que el legislador piensa en utilizar para resolver las molestias sociales más angustiadoras, envileciendo, de este modo, su legítima finalidad preventiva. Registra con preocupación el penalista Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, *“que o Estado, em todos os quadrantes do mundo, inclina-se por ampliar, de forma importante, sua atuação cerceadora do livre comportamento das pessoas”*.⁴³⁷ Se practica, de esa forma, un verdadero abuso de legislación o, como dice François Ost, una *“logorréia legislativa”*⁴³⁸, infringiendo los principios más antiguos y tradicionales del Derecho Penal.

Se ha verificado, también, en las últimas décadas, el fuerte empleo de la práctica, denominada por Alessandro Baratta, de *“administrativização do Direito*

⁴³⁷ OLIVEIRA, Marco Aurélio Moreira de. O Direito Penal e a Intervenção Mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 5, n. 17, p. 147, 1997.

⁴³⁸ OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 358.

Penal”, que consiste en la “proliferación incontrolada y no planificada de normas penales que sólo constituyen elementos secundarios y complementarios en el ámbito de leyes no penales”.⁴³⁹

Se observa que en el Derecho Penal español, el reciente Código de 1995 ya fue sometido a vertiginosas y sustanciales reformas, muchas se presentando como extremadamente necesarias, pero otras se mostrando como innegablemente oportunistas, precipitadas, presumiblemente hasta bien inspiradas, pero movidas por la improvisación, celeridad, alarma social y hipertrofia penal, y también desconectadas de las tradicionales exigencias dogmáticas y político-criminales del sistema punitivo, comprometiendo, seriamente, de este modo, la necesaria seguridad jurídica. Recuerda, sobre el tema, Miguel Polaino Navarrete, que específicamente en 2003, fue el periodo

más pródigo en reformas al texto punitivo, no sólo en número (nada menos que *cinco* leyes orgánicas han modificado nuestro Código Penal en ese año), sino en alcance: sólo una de esas leyes, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modifica más del 30% de los preceptos del Código Penal. Una vez más se pone al descubierto ese afán de ‘*legislación motorizada*’ de que hablara Carl SCHMITT, o de ‘*legislación incontinente*’, al decir de nuestro ORTEGA y GASSET, quien afirmaba que el Estado ‘*se ha convertido en una ametralladora que dispara leyes*’, como ha recordado recientemente Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en una tercera admirable.⁴⁴⁰

Incluso en los países que la ley no constituye la principal fuente del Derecho Penal, como ocurre en los que siguen el sistema jurídico del “*common law*”, se ha constatado un proceso inflacionario de tipos incriminatorios. En ese sentido, informa Luiz Luisi que el

fenômeno do crescimento desmedido do direito penal também ocorre no mundo anglo-saxão. Herbert Packer em um livro intitulado “The limits of criminal sanction” registra que a partir do século passado houve um enorme

⁴³⁹ BARATTA, Alessandro. Principios del Derecho Penal Mínimo (Para una Teoría de los Derechos Humanos como Objeto y Límite de la Ley Penal). **Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales**, Buenos Aires, año 10, n. 40, p. 631, 1987.

⁴⁴⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. **La Reforma Penal Española de 2003: Una Valoración Crítica**. Madrid: Editorial Tecnos, 2004. p. 17.

alargamento das leis penais pelo fato de ter sido entendido que a criminalização de toda e qualquer conduta indesejável representaria a melhor e mais fácil solução para enfrentar os problemas de uma sociedade complexa e interdependente em contínua expansão. Nos Estados Unidos, Kadish em trabalho a que deu o nome de “The Crisis of Overcriminalization” fala do emprego “supérfluo ou arbitrário” da sanção criminal, ressaltando a existência, em seu país de uma volumosa legislação extravagante, contendo uma massa de crimes, que em seu quantitativo superam as disposições incriminadoras previstas nos Códigos Penais. No Canadá – segundo informa Leclercq – a comissão encarregada da reforma penal, fez, em 1974 um levantamento dos crimes previstos na legislação canadense, tendo chegado ao número assustador de 41.582 tipos de infrações criminais.⁴⁴¹

El mismo estilo legislativo ha inspirado la construcción normativa en el Derecho Penal brasileño. El actual Código Penal, que es de 7 de diciembre de 1940, contiene, en su Parte Especial, 241 artículos, previendo una serie de delitos de diferentes modalidades y el Decreto-Ley n. 3688, de 3 de octubre de 1941, estipula, también en su Parte Especial, una escala de contravenciones, clasificadas como infracciones de menor potencial ofensivo. Además de eso, el Código Penal, en el transcurrir de sus 67 años de existencia, viene siendo objeto de una serie de plusvalías, mediante la elaboración de un arsenal de leyes extravagantes, provocando una situación de caos normativo, un crecimiento gigantesco e intolerable de tipos penales, algunos atendiendo a las necesidades sociales reales y a las recomendaciones dogmáticas, pero la gran mayoría descomedido con los postulados básicos del Derecho Penal moderno. Tal situación, destaca Luis Luisi, acaba por “*comprometer a seriedade da nossa legislação penal, chegando em alguns casos a conotações paradoxais e hilariantes*”.⁴⁴²

Se tiene aquí un retrato de la retrógrada manifestación simbólica o retórica de las normas penales que se caracteriza, conforme enseña Jesús María Silva Sánchez, “*por dar lugar, más que a la resolución directa del problema jurídico-penal (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido*”.⁴⁴³

⁴⁴¹ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais...**, p. 29.

⁴⁴² Idem, p. 30.

⁴⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: J.M.Bosch, 1992. p. 305.

En esa línea de política criminal se satisface el ego de la clase de los políticos debido al sentimiento de haber hecho algo para el control de la criminalidad y anestesia temporalmente las indignaciones sociales, porque se transmite la sensación de que el problema de la inseguridad está controlado. Además de eso, aclara la periodista jurídica Betch Kleinman,

a conjugação de democracia representativa e sociedade de espetáculo engendrou a necessidade de que os políticos profissionais tenham de agradar ao público e a patrocinadores em potenciais de suas campanhas eleitorais. Assim, além de técnicas de marketing e publicidade, eles usam o próprio sistema legislativo como forma de se elegerem representantes do povo. Com essa estratégia, passam a criar leis emergenciais, de exceção, casuísticas, feitas sobretudo a partir de eventos que obtiveram muita repercussão em função da cobertura da mídia. Afinal, como resistir ao efeito de uma lente de aumento sobre determinados acontecimentos e do conseqüente ocultamento de outros? ⁴⁴⁴

Constituyen ejemplos de procedimientos legislativos típicamente simbólicos del Derecho Penal añadir, sin necesidad, a un ilícito extrapenal, el carácter del injusto penal, sólo por el hecho retórico y de serenidad social que perenemente provoca. Otra hipótesis, ejemplifica Silva Sánchez, es *“la creación de nuevos tipos o el incremento de las penalidades existentes, cuando los anteriores son ya suficientes o, en todo caso, los nuevos no ofrecen perspectivas sustanciales de mejora”*.⁴⁴⁵

El empleo excesivo de esa línea de política criminal hace que se deje aparte la legítima y genuina finalidad del Derecho Penal, que es su función instrumental, que consiste en la efectiva tutela de los bienes jurídicos fundamentales de la colectividad, a través del efecto intimidatorio, que la sanción penal conminada en la ley y su eventual aplicación en algunos casos concretos, generan en los delincuentes potenciales.

De otra parte, no se puede negar que referido mecanismo de máxima intervención penal puede generar un impacto psicosocial favorable, tranquilizando la colectividad, despertando en los ciudadanos la conciencia sobre la importancia de

⁴⁴⁴ CLEINMAN, Betch. Mídia, Crime e Responsabilidade. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano 1, n. 1, p. 99, 2001.

⁴⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo...**, p. 305.

algunos bienes jurídicos y, incluso, contribuir para el restablecimiento de la confianza de la población en el ordenamiento jurídico. No obstante, son euforias meramente ilusorias y pasajeras, pues luego se vuelve la realidad del descrédito y de la inseguridad, debido a la constatación de que la propaganda fue engañosa, de que la propuesta de política criminal alardeada como solución a todos los males, se mostró insuficiente, inoperante y, consecuentemente, decepcionante. Así, concluye Silva Sánchez *“la legislación simbólica es rechazable pues, a corto plazo, cumple funciones educativas/promocionales/de integración, que ya hemos valorado negativamente; y, a largo plazo, redundando incluso en una pérdida de fiabilidad del Ordenamiento en su conjunto, bloqueando las funciones instrumentales del mismo”*.⁴⁴⁶

El momento más propenso a la instauración de ese modelo de política criminal irracional son los períodos de crisis políticas y económicas y de revueltas sociales, una vez que la inestabilidad genera en la colectividad temor e incertidumbre, facilitando, entonces, la implementación de un programa de intervención máxima e implacable del Derecho Penal, todo para contestar de forma enérgica no a los comportamientos desviantes, pero fundamentalmente a la opinión pública, sedienta de orden y paz social. En tales situaciones, pondera Antonio García-Pablos,

la política criminal es suplantada, entonces, por una ciega e inexorable política penal de inútil y desproporcionado rigor, que sólo argumenta con las “iras” de la ley y la “ejemplaridad” del castigo. En momentos de crisis, todo Código Penal corre el peligro de cumplir más una función “simbólica” que “instrumental”: en lugar de reflejar y exteriorar el consenso social cuya tutela le legitima, termina siendo un sutil e impropio mecanismo para recabarlo, para concitarlo.⁴⁴⁷

La violencia constituye un elemento constante en la vida social, percibida por todos los miembros de la colectividad, de forma directa, cuando fue protagonista de una infracción o víctima de un hecho violento, o de forma indirecta, cuando contempla con el máximo de atención los noticieros y programas especiales en los

⁴⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo...**, p. 307.

⁴⁴⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Introducción al Derecho Penal**. p. 191.

medios de comunicación, que, cada vez más, se muestran dispuestos a explotar los hechos delictivos por el considerable retorno económico que traen, debido al gran interés que, incuestionablemente, la delincuencia despierta en los ciudadanos. Sobre la importancia del papel de los medios de comunicación en la solidificación de un programa de Derecho Penal de terror, observa con perspicacia Betch Kleinman, que

a mídia, ao aceitar e difundir o paradigma da criminologia positivista baseado na investigação das causas da criminalidade e na aceitação da idéia do criminoso nato, em vez de questionar quem tem o poder de definir condutas e assim exercer controle social, torna-se mais uma instância interna e funcional do sistema penal. Além de tratar cidadãos, entendidos como sujeitos de direito, de desejo e da história como objetos de gozo, uso e troca mercantis, a mídia participa ativamente dos processos de seleção e estigmatização de condutas e pessoas, atuando acriticamente como um dos principais elementos do controle social punitivo institucionalizado.⁴⁴⁸

Por lo tanto, todo eso contribuye para que se pueda ampliar las posibilidades de dramatizar e politizar el tema de la violencia, haciendo propicia la instauración de una política criminal de combate y represión a los delincuentes y de eliminación de la barbarie, como forma de amenizar la sensación de amenaza y pánico existentes en la colectividad. A partir de ese cuadro social y político, pondera de forma crítica Winfried Hassemer,

la sociedad que así piensa no puede dar un derecho penal que realmente sea una garantía de la libertad, verdadera "Magna Charta del delincuente"; lo que ella necesita es una "Magna Charta del ciudadano", un arsenal de medios efectivos de lucha contra el delito y de represión de la violencia. El delincuente tiende a convertirse en un enemigo, y el derecho penal es un "derecho penal para enemigos".⁴⁴⁹

Esa forma pequeña y puramente represiva con que la sociedad y el Estado enfrentan el problema de la criminalidad, concebendo al infractor como un enemigo

⁴⁴⁸ CLEINMAN, Betch. Op. cit., p. 100.

⁴⁴⁹ HASSEMER, Winfried. El Destino de los Derechos del Ciudadano en un Derecho Penal "Eficaz". **Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales**, Buenos Aires, año 13, n. 49-52, p. 195, 1990.

feroz a ser eliminado, es totalmente contraria a las tendencias de la moderna política legislativa penal, regida por los postulados de la tolerancia y del respeto a la dignidad y libertad de las personas, y que preconiza otorgar protección jurídica también a los delincuentes, solidificada, como subrayamos, desde la Ilustración. Es un movimiento que prima por la creación de nuevas normas penales incriminadoras, por la agudización del sistema de investigación criminal, por el agravamiento de las penas, por la desvinculación del Derecho Penal de sus principios cardinales y por la ampliación del espectro punitivo, con connotaciones puramente simbólicas y promocionales, atrayendo el sistema punitivo para áreas, representativos de bienes jurídicos de características supraindividuales, que la colectividad exige y clama por más seguridad. De ese modo, se alcanza, de forma contundente, el principio de la *ultima ratio*, o sea, la necesaria naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, en el sentido de que debe estar ceñido a sancionar solamente una pequeña parcela de hechos lesivos a bienes jurídicos relevantes, que, en ninguna hipótesis, pueden ser objetos de renuncia.

Aclara con propiedad Hassemer que

esta política criminal no se orienta ya en los clásicos bienes jurídicos de algún modo perceptibles por los sentidos (vida, salud, libertad, etc.), sino en los bienes jurídicos universales que además se los describe de manera tan vaga y a grandes rasgos que pueden justificar cualquier tipo de conminación penal. Entre estos bienes jurídicos se cuentan la protección del "bienestar" humano, la salud pública, la capacidad de funcionamiento del mercado de capitales, la política estatal de subvenciones o el empleo de la informática en la economía o la administración. Para ello se instrumentaliza la protección de estos bienes jurídicos, utilizando la técnica de los delitos de peligro (en su mayor parte, abstracto), en los cuales es suficiente con demostrar la acción que el legislador ha descrito como peligrosa, y no la de los delitos de daño o de lesión en que no sólo hay que demostrar la producción de un daño sino que éste ha sido causado por el inculpado.⁴⁵⁰

Es importante que se registre que no se debe confundir las funciones promocionales con el llamado empleo simbólico del Derecho Penal. La primera se constituye en atribuir al Derecho Penal la misión de ser un instrumento de dirección

⁴⁵⁰ HASSEMER, Winfried. **El Destino de los Derechos del Ciudadano en un Derecho Penal...**, p. 199.

social que transforme la realidad, introduzca un cambio de jerarquía de valores, asegure la evolución de la sociedad, programando el futuro. Se cree operar tales metas, promoviendo determinados bienes jurídicos, reforzando procesos educativos, de forma a buscar instaurar y despertar en los ciudadanos una nueva ética, todo con alguna dosis de oportunismo, con vistas a llegar al máximo de dividendos políticos. En esa línea de pensamiento denuncian Jaime Peris Riera y Javier García Gonzales que

pronto se comprueba que la tendencia del legislador penal actual a 'educar' al ciudadano, partiendo de la conveniencia de proteger determinados bienes jurídicos que se manifiestan como nuevos, o respecto de la aparición de distintas modalidades de ataque a los ya existentes, se ha convertido casi en una constante de nuestros días.⁴⁵¹

Como ejemplos de esas manifestaciones aluden los mencionados profesores españoles algunas intervenciones del Derecho Penal en los campos de la ingeniería genética, medio ambiente y actividad fiscal del Estado. Ya la utilización simbólica del Derecho Penal se vincula a la idea de se tener un legislador atento, sensible y decidido frente a los diversos problemas sociales, recurriendo, de esa forma, a un amplio proceso irracional de criminalización y agudización sancionatoria de conductas, se empleando los mecanismos coercitivos más energéticos y pretendidamente persuasivos del ordenamiento jurídico, de forma a ofrecer inmediatamente a los componentes de la sociedad, una imagen y sensación ilusoriamente tranquilizadora.

⁴⁵¹ PERIS RIERA, Jaime; GARCÍA GONZÁLES, Javier. El control penal de las manipulaciones genéticas y la función simbólica del Derecho Penal. In: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F.; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; PERIS RIERA, Jaime (Coordinadores). **Estudios Jurídico-Penales sobre Genética y Biomedicina. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani**. Madrid: Dykinson, 2005. p. 94.

7.3 VIOLACIONES A LOS PRINCIPIOS DE FRAGMENTARIEDAD Y DE INTERVENCIÓN MÍNIMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEÑO

7.3.1 Delitos Ambientales

En el ordenamiento jurídico penal brasileño una de las situaciones en que encontramos formas de manifestación de falta de respeto a los principios de fragmentariedad y de intervención mínima está en la nueva ley que disciplina los delitos contra el medio ambiente (Ley n. 9605/98).

Hay que reconocer que la manutención del ambiente ecológico estabilizado y resguardado puede constituir una de las finalidades del Derecho Penal, admitiéndose su inclusión en el elenco de los bienes jurídicos protegidos por esa rama jurídica, tutela que posee respaldo en la propia Constitución Federal, que en su art. 225, enuncia: *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*. Las constantes explotaciones exhaustivas e indiscriminadas de los recursos naturales y los graves abusos cometidos contra la fauna, hicieron que, en las últimas décadas, fuesen solidificadas las reivindicaciones sobre la necesidad y la relevancia de se otorgar amparo del Derecho Criminal al medio ambiente. En ese contexto, apunta Bernd Schünemann que,

en la sociedad industrial secularizada el Derecho penal no halla su fin y sentido en la retribución de la culpabilidad en el sentido de una justicia divina, sino en la necesidad de proteger los bienes jurídicos, es decir, en la protección de las condiciones que ofrecen una vida próspera al individuo y a la colectividad. Por esta razón ha de señalarse, sin vacilar, como la función más importante de la política criminal moderna, conforme a las necesidades de nuestro tiempo, el otorgar a la protección del medio ambiente el lugar que merece en el orden de los bienes jurídicos: el lugar central.⁴⁵²

⁴⁵² SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 204.

Sin embargo, lo que no se puede admitir, en respeto al repertorio de los clásicos principios mencionados anteriormente, es que cualquier tipo de comportamiento que venga a ofender o exponer a peligro de lesión el medio ambiente deba ser erigido a la categoría de ilícito penal, bajo pena de ridicularizar las nobres y tradicionales finalidades del Derecho punitivo. Estamos plenamente de acuerdo con el profesor Luiz Régis Prado cuando afirma que “*exemplos emblemáticos dessa clara violação aos postulados da intervenção mínima e da fragmentariedade são os arts. 30, 42, 44, 49, 53 e 60 da Lei n. 9605/98, dentre outros*”.⁴⁵³

Estas disposiciones incriminan las siguientes conductas:

Art 30. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa; Art 42. Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente; Art. 44. Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa; Art 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa; Art 53. Nos crimes previstos nesta Seção (crimes contra a flora), a pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se: I – do fato resulta a diminuição de águas naturais, a erosão do solo ou a modificação do regime climático; II – o crime é cometido: a) no período de queda das sementes; b) no período de formação de vegetações; c) contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração; d) em época de seca ou inundação; e) durante a noite, em domingo ou feriado; Art 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

⁴⁵³ RÉGIS PRADO, Luiz. Princípios Penais de Garantia e a Nova Lei Ambiental. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 6, n. 70, p. 10, 1998.

Sin duda alguna esos comportamientos en un ordenamiento jurídico seguidor de los principios básicos del Derecho Penal moderno jamás ostentarían el blasón de ilícitos penales. Y lo peor es que el legislador conminó para ellos la más grave de las sanciones penales, la pena privativa de libertad, dejándola en una posición vejatoria, por el hecho de incumbirla de actuar ante situaciones insignificantes, no proporcionales a su fuerza. Se utiliza, entonces, el principal escuadrón de combate del ordenamiento jurídico para luchar contra irrisorios desvíos sociales. Como bien destaca Régis Prado,

a orientação político-criminal mais acertada é a de que a intervenção penal na proteção do meio ambiente seja feita de forma limitada e cuidadosa. Não se pode olvidar jamais que se trata de matéria penal, ainda que peculiaríssima, submetida de modo inarredável, portanto, aos ditames rígidos dos princípios constitucionais penais - legalidade dos delitos e das penas, intervenção mínima e fragmentariedade, entre outros -, pilares que são do Estado de Direito democrático. A sanção penal é a ultima ratio do ordenamento jurídico, devendo ser utilizada tão-somente para as hipóteses de atentados graves ao bem jurídico ambiente. O Direito Penal nesse campo cinge-se, em princípio, a uma função subsidiária, auxiliar ou de garantia de preceitos administrativos, o que não exclui sua intervenção de forma direta e independente, em razão da gravidade do ataque.⁴⁵⁴

Pero esas correctas recomendaciones del ilustre penalista no se observan en las tipificaciones “hilarantes” mencionadas anteriormente. Supongamos que un sujeto, ya reincidente, haya sido procesado criminalmente porque cierto día decidió soltar unos globos junto a su nieto de ocho años de edad, sin jamás imaginar que podía estar cometiendo un delito y menos aún que pudiese ser encarcelado por ello. Es condenado a tres años de reclusión, ingresando en el sistema carcelario, en una penitenciaría de seguridad máxima, para cumplir la pena en régimen cerrado, por ser reincidente. Este caso, que bien debería quedar en el mundo de la ficción o de la producción cinematográfica, por más increíble que parezca, en el Derecho Penal brasileño es perfectamente posible que suceda. Es de suponer el extremo constreñimiento que ese sujeto tendría al encontrarse con sus nuevos compañeros, autores de homicidios, violaciones, robos, etc, cuando le preguntaran sobre los motivos que le han llevado a prisión. Ciertamente el mismo sentimiento de

⁴⁵⁴ RÉGIS PRADO, Luiz. **Crimes Contra o Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 17.

vergüenza sentirían aquellos que fuesen presos porque atropellaron culposamente algunas plantas de ornamentación de un jardín de una propiedad privada o los que hayan extraído algunas piedras de un bosque de dominio público.

Haciendo un análisis crítico de la sistemática criminológica adoptada por el legislador brasileño en la elaboración de la ley ambiental, observa José Luiz Bednarski que

soltar balões (art. 42) sequer deveria ser crime. Tal comportamento é politicamente incorreto e gera perigo de incêndio, mas, na mesma linha de raciocínio, fumar também deveria ser crime, pois muitos incêndios são causados por restos de cigarro. O caso é de educação ambiental, não de polícia. Punição administrativa certamente já seria suficiente, através de multa inibitória. Destruir, danificar, lesar ou maltratar plantas de ornamentação em propriedade privada (art. 49) não deveria ser crime de ação penal pública incondicionada (art. 26). Imprescindível a representação, para evitar situações bizarras. Imaginem o réu sendo processado, enquanto o próprio dono do jardim salienta que não está mais dispensando zelo algum às plantas, que seriam por ele cortadas e substituídas na semana seguinte.⁴⁵⁵

Para se tener una idea de la falta de criterio del legislador, el aborto y el infanticidio sólo constituyen delitos en nuestro país si provocados dolosamente por el agente, o sea, cuando él tenga la voluntad libre y consciente de eliminar la vida humana o cuando asumir el riesgo de producir el resultado. Cuando las acciones abortivas fueren originadas de imprudencia, negligencia o impericia son hechos atípicos, aunque sean comportamientos que traigan destrucción de la vida humana, bien jurídico más importante de todos.

Pero, en lo que tiene que ver con el medio ambiente, por la lectura del art. 40 de la Ley 9605/98, que tipifica como delictiva la conducta de destruir plantas, el legislador contruye una tutela más completa, pues tanto el daño doloso como el culposo fueron transpuestos, absurdamente, como ilícitos penales, sujetando sus autores a la cárcel, habiendo así, una verdadera monstruosidad lógica y jurídica. De ese modo, la eliminación culposa de un feto humano no constituye delito, pero la

⁴⁵⁵ BEDNARSKI, José Luiz. Lei 9605/98: Equívocos do Legislador. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 6, n. 68, p. 5, 1998.

acción imprudente que venga a cercenar un embrión de una flor de cualquier especie puede llevar el sujeto al constreñimiento del proceso penal y al sufrimiento de la cárcel.

A nuestro juicio, para esas acciones tipificadas en la nueva ley ambiental serían suficientes la conminación de sanciones más blandas de naturaleza civil o administrativa que, para las presentes hipótesis, se muestran mucho más eficaces, que las más enérgicas provenientes del Derecho Penal.

7.3.2 Delitos de Naturaleza Económica y Tributaria

Pensamos que esa tendencia del Derecho Penal contemporáneo de ampliar de manera desmedida e irracional su campo de actuación, protegiendo cada vez más bienes jurídicos supraindividuales de forma vaga e imprecisa, recorriendo a la categoría abominable de los delitos de peligro abstracto, abdicando de algunos principios elementales y tradicionales, arduas conquistas de la humanidad, se desvirtúa de sus funciones originales y legítimas y es criticable bajo todos los aspectos.

La línea humanitaria y garantista de la progresiva restricción del Derecho Penal en la esfera de libertad del ciudadano, como forma de disciplinar la vida social, debe reinar también en la concepción, prevaleciente actualmente, del Estado social intervencionista, caracterizado por su amplia actuación en varios sectores, siempre con el objetivo de proporcionar bienestar a la colectividad. Un Estado con esa moldura no necesariamente tiene que utilizar el Derecho Penal de forma exacerbada, más que el indispensable para la protección de los individuos. Pero, advierte correctamente Santiago Mir Puig que,

aunque el principio de intervención mínima del Derecho Penal es perfectamente congruente con un Estado social correctamente entendido, la dinámica propia del intervencionismo que le caracteriza entraña el peligro de comprometer la realización de aquel principio. El peligro es doble. Por una parte, un Estado intervencionista puede caer en la tentación de utilizar el Derecho Penal como apoyo de una política de gobierno determinada. Es éste el riesgo más intolerable, que tiende a la maximalización de la eficacia del poder público. Por otra parte, el Estado social puede confundir la

necesidad de favorecer determinados intereses colectivos, difundidos entre amplias capas de la población, con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. La bondad de una acción de gobierno para la colectividad no justifica, sin más, que busque el apoyo en un arma tan lesiva como el Derecho penal.⁴⁵⁶

Entendemos que determinadas áreas en los cuales se han concentrado las reformas del Derecho Penal moderno ha generado una intervención ilegítima, haciendo que el funcione como un mecanismo de refuerzo de tutela de bienes de menor jerarquía, como instrumento meramente sancionador de violación de normas advenidas de otras ramas jurídicas, que, ciertamente, se contraponen al programa de despenalización progresiva, en los moldes del principio de la *ultima ratio*.

Enfocando un prisma de ese desvirtuamiento del Derecho Penal, específicamente sobre la legislación penal tributaria, subrayó con propiedad Marco Aurélio de Oliveira, que ese segmento se ha caracterizado por la

existência de normas incriminadoras que ameaçam, com sanções penais, simples inadimplentes de tributos, transformando o poder judicial em “agente cobrador de impostos”, quando crime existiria apenas no fato de o sonegador procurar iludir a fiscalização através da inserção, na escrita, de elementos inexatos ou de documentos adulterados. Isto é, quando o verdadeiro sonegador agisse com o dolo de dificultar a ação dos agentes governamentais encarregados de examinar a exatidão escritural.⁴⁵⁷

Realmente, en Brasil, la Ley 8137, de 27 de diciembre de 1990, que disciplina los delitos contra el orden tributario, económico y contra las relaciones de consumo, en su artículo 2º, enuncia que constituye una infracción penal tributaria “*deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos*”. Tal comportamiento podría ser reprendido con la aplicación de una simple sanción administrativa, pero el legislador resolvió convocar el Derecho Penal, como refuerzo de tutela, con connotación nítidamente promocional, para modificar la

⁴⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 152.

⁴⁵⁷ OLIVEIRA, Marco Aurélio de. Op. cit., p. 149.

coyuntura económica de amplia evasión fiscal. Partiendo del presupuesto de que el Estado interviene en varios sectores de la colectividad con la finalidad de desarrollar las acciones necesarias para el cumplimiento de su función social, se hizo imprescindible la recaudación de tributos cobrados de los miembros de la sociedad para la concretización de sus propósitos. Sin embargo, como no todos los ciudadanos cumplen espontáneamente con sus obligaciones con el fisco, hubo la necesidad del Poder Público revestirse de mecanismos coercitivos hábiles para solucionar el problema de la evasión tributaria como forma de proteger el patrimonio público. Pero, como no fue posible se obtener un resultado favorable con el empleo de recursos sancionatorios provenientes del Derecho Tributario y del Derecho Administrativo, pues, muy al contrario, los estudios demostraban que la práctica de la ocultación fiscal se había diseminado por la colectividad en las últimas décadas, se partió para una política legislativa de mayor combate, para la adopción de una receta con ingredientes amargos para los destinatarios, pero abundantemente cómoda, barata y de marketing para sus idealizadores.

Estamos refiriéndonos al empleo, una vez más, del sistema milagroso y épico del Derecho Penal, tal como es propalado fervorosamente por la clase de los políticos y por los medios de comunicación de masa. Con eso el orden económica y tributaria fue alcanzada como más un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, se reconociendo, en esa parte, la categoría de un sujeto pasivo colectivo y la tutela de un interés difuso, todo en nombre de una lucha más intensa contra los ocultadores.

Acerca de ese proceso puntúa Lorenzo Morillas Cueva que

tradicionalmente la conculcación de las normas de carácter tributario ha tenido acogida dentro del propio Derecho administrativo tributario a través de infracciones y sanciones de esta índole. Sin embargo, en los últimos años se ha producido una cierta invasión del ámbito punitivo en la búsqueda de una mayor firmeza para determinados supuestos que proyectan una gravedad más intensa en la conducta y consecuentemente una incidencia social más reprobable. En este sentido, el legislador intenta combinar con un equilibrio nada fácil infracciones y delitos, utilizando las primeras para conductas cuya violación no perturbe gravemente el Ordenamiento jurídico, con forma de infracciones administrativas de adscripción tributaria y consecuentemente con sanciones de esta naturaleza; y reservando los

segundos para aquellos supuestos donde el interés social por la protección sea más fuerte y justificador de la aplicación de penas.⁴⁵⁸

Sin embargo, cabe destacar que el nacedero del estudio de la delincuencia económica está asociado a las investigaciones criminológicas desarrolladas, principalmente por el sociólogo norteamericano Edwin H. Sutherland que, en mediados del siglo XX, consolidó una nueva visión sociológica del delito y un nuevo paradigma etiológico de la delincuencia, a través de su famosa tesis del “*White Collar Crime*”, atinente a un análisis científico de una variedad de ilícitos cometidos fundamentalmente por personas que pertenecen a las clases socioeconómicas más altas de la sociedad. Como destacó José de Faria Costa, referido análisis, desarrollado por Sutherland, “*significou uma “pequena revolução copernicana” não só nos modos de investigação da criminologia mas também um enorme enriquecimento no que se refere ao próprio direito penal*”.⁴⁵⁹

Decía Sutherland que

lo significativo del delito de “cuello blanco” es que no está asociado con la pobreza, o con patologías sociales y personales que acompañan la pobreza. Si se puede mostrar que los delitos de “cuello blanco” son frecuentes, se considerará inválida una teoría general que muestre que el delito se debe a la pobreza y a sus patologías relacionadas. Es más, el delito de “cuello blanco” puede ayudar a localizar aquellos factores que siendo comunes a los delitos de los ricos y de los pobres, son más significativos para una teoría general de la conducta delictiva.⁴⁶⁰

Desde ese momento, la criminalidad económica pasó a ocupar más espacio en los estudios criminológicos y de dogmática penal, surgiendo, naturalmente, una amplia y desordenada legislación penal con el objetivo de tutelar el orden público económico.

⁴⁵⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo; CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel; op. cit. **Compendio de Derecho Penal Español**. Madrid: Marcial Pons, 2000. Parte Especial. p. 541-542.

⁴⁵⁹ FARIA COSTA, José de. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 81.

⁴⁶⁰ SUTHERLAND, Edwin H. **El Delito de Cuello Blanco**. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999. p. 65.

Informa Muñoz Conde que

para la protección de este orden económico en sentido estricto surgirían el delito fiscal, los delitos monetarios y de contrabando y los delitos que afectan a la determinación y formación de los precios. En todos ellos, el objeto de protección sería una determinada forma de intervención del Estado en la economía, bien recaudando impuestos, bien disciplinando el mercado de capitales, las transacciones internacionales o la formación de los precios. A poco más se extiende hoy la intervención directa del Estado en la economía, y a poco más se extendería el Derecho Penal económico del que tanto se habla.⁴⁶¹

Esa nueva trayectoria del Derecho Penal por el campo económico y tributario, como forma de contener las fraudes a los consumidores, los escándalos financieros y los considerables perjuicios a los cofres públicos (erario) hizo surgir paulatinamente en el plano dogmático y legislativo un Derecho Penal económico o un “*Wirtschaftsstrafrecht*” para los alemanes o un “*Droit Penal des affaires*” para los franceses o un “*Diritto penale della impresa*” para los italianos, con el objetivo de elaborar una constelación de teorías y normas focalizando la delincuencia relacionada con el amplio área de la economía. Registra, también, Maria Carolina de Almeida Duarte que,

tal conceito foi ampliado e aplicado por inúmeros autores que adotaram outras definições, entre elas: “occupational crime”, “blue-collar crime”, “kavaliers-delikt”, “crimes of the powerful”. Nos Estados Unidos, a expressão “white-collar crime” é utilizada como sinônima de criminalidade econômica. No Brasil, a Lei nº 7.492/86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional ficou vulgarmente conhecida como a “lei dos crimes do colarinho-branco”.⁴⁶²

En Brasil no fue diferente, pues, además de la referida Ley 7492/86, pertinente a los delitos contra el sistema financiero nacional, disponemos de una

⁴⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Delincuencia Económica: Estado de la Cuestión y Propuestas de Reforma. In: ESTUDIOS JURÍDICOS. **Hacia un Derecho Penal Económico Europeo**. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1995. Serie Derecho Público, Boletim Oficial del Estado. p. 267-268.

⁴⁶² DUARTE, Maria Carolina. **Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional: Uma Abordagem Interdisciplinar (Crimes do colarinho-branco)**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 177.

serie de normas penales disciplinando esas materias como, por ejemplo, la Ley 1521/51, que reglamenta los delitos contra la economía popular; la Ley 8078/90, que dispone sobre la protección del consumidor; la ya mencionada Ley 8137/90, que define delitos contra el orden tributario, económico y da otras providencias y la Ley 9613/98, que dispone sobre los delitos de “lavado” o ocultación de bienes, derechos y valores. También en el Código Penal se encuentra reglas de ese grado, como las que estipulan infracciones penales contra las finanzas públicas (arts. 359-A a 359-H), contra el sistema de seguridad social (arts. 168-A e 337-A) y los ilícitos correspondientes al contrabando y al descamino, ambos previstos en el art. 334. Todo eso abarca la estructura normativa en Brasil, correspondiente al llamado Derecho Penal Económico. Según Luiz Régis Prado, tal sector jurídico

visa à proteção da atividade econômica presente e desenvolvida na economia de livre mercado. Integra o Direito Penal como um todo, não tendo nenhuma autonomia científica, mas tão-somente metodológica ou didático-pedagógica, em razão da especificidade de seu objeto de tutela e da natureza da intervenção penal. Encontra-se, portanto, informado e submetido, como toda construção jurídico-penal, a seus princípios e categorias dogmáticas.⁴⁶³

Específicamente sobre los delitos contra el orden tributario, pondera el profesor Andreas Eisele que

a cobrança coativa é decorrente de um movimento que tomou corpo, principalmente, nos Estados Unidos, veio se espalhando pela América Latina e atingiu o Brasil. É o chamado “Movimento da Lei e da Ordem”, que segue os postulados da corrente da novíssima defesa social, que pretende promover a criminalização de condutas nocivas aos direitos coletivos e difusos, entre estes os crimes contra a economia, gênero do qual são espécie os crimes fiscais.⁴⁶⁴

Sin embargo, la existencia de un Derecho Penal de naturaleza económica, con el objetivo de reprimir de forma más severa determinadas conductas nocivas a la coyuntura financiera, puede generar, a nuestro juicio, una hipercriminalización

⁴⁶³ RÉGIS PRADO, Luiz. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 5-6.

⁴⁶⁴ EISELE, Andreas. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Dialética, 1998. p. 11.

contraria a la moderna política criminal de connotación minimalista. Ante al contexto atual, como no se puede sacar de forma absoluta el Derecho Penal de escena para combatir la criminalidad económica, a causa del número considerable de fraudes y la grandeza de los perjuicios financieros causados al erario público, se recomienda a los representantes del pueblo que por lo menos hagan una construcción legislativa ponderada y sincronizada con los principios fundamentales del *ius criminale*. Es imprescindible que se respete la premisa básica de que, aduce con perspicacia Eduardo Correia, “*a utilização do controlo criminal só será possível, a esta luz, como “ultima ratio” e quando proporcionado ao ilícito económico*”.⁴⁶⁵

Pero en Brasil no fue sólo en el sector tributario que el Derecho Penal se posicionó como instrumento meramente sancionador, actuando como un sistema de simple salvaguardia de normas no penales. Recuerda André Luiz Callegari

alguns fatos que têm natureza civil, como a dívida do empresário com a previdência e, no entanto, recebem uma sanção penal, contrariando a própria Constituição. Assim, o novo Código de Trânsito, que além de pesadas sanções administrativas procura reforçar a sua eficácia com normas de cunho penal, ultrapassando até mesmo, os limites do próprio CP.⁴⁶⁶

7.4 EL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD DE RIESGO: LAS DIVERSAS POSICIONES DOCTRINALES ACERCA DEL TEMA

Sostenemos que el Derecho Penal no debe ejercer una función nítidamente promocional, en el sentido de ser un mecanismo propulsor del cambio social y de transformación espiritual de la sociedad, una vez que su tarea auténtica es la de proteger los valores fundamentales, seleccionados por la colectividad. Como dice Raúl González-Salas Campos,

⁴⁶⁵ CORREIA, Eduardo. **Notas Críticas à Penalização de Atividades Económicas**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985. Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico. p. 16.

⁴⁶⁶ CALLEGARI, André Luiz. O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 6, n. 70, p. 13, 1998.

es inadmisibles un derecho penal que pretenda imponer órdenes éticas que no sean inevitablemente derivadas de los bienes jurídicos. La realización de fines trascendentales no compete a esta disciplina jurídica, ni ésta debe buscar la corrección moral coactiva de los ciudadanos.⁴⁶⁷

En el campo de ese mismo pensamiento, destaca Antonio García-Pablos que,

desde un punto de vista político-criminal, la función "promocional" da lugar a inevitables procesos de neocriminalización en determinados sectores sociales y esferas de actividad: en el ámbito económico y fiscal, en el ecológico-ambiental, en las relaciones familiares y laborales, en el del consumo y la calidad de vida, etc. Surgen, así, nuevas figuras de delito e incriminaciones llamadas, ante todo, a demostrar la precavida actitud del legislador ante las necesidades del momento y el cambio social, aunque el futuro de las mismas a menudo parezca incierto y hubieren sido más eficaces otros resortes menos espectaculares de naturaleza no penal.⁴⁶⁸

Se trata de una orientación de máxima intervención penal, ampliando la cantidad de bienes jurídicos bajo su responsabilidad para que se pueda emprender el deseado proyecto de transformación social, se creando, de ese modo, un sistema jurídico de cuestionable legitimidad y aceptación social, totalmente contrario al modelo ideal, de naturaleza mínima, subsidiaria y fragmentada del Derecho Penal.

Acerca del tema, como tendencia *de lege ferenda*, propone Hassemer, a partir de una visión minimalista, que el Derecho Penal debe desistir de esas partes modernas a las cuales se ha encaminado en las últimas décadas, o sea,

deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ CAMPOS, Raúl Gonzáles-Salas. **La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal**. México: Oxford University Press México, 2001. p. 102.

⁴⁶⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Introducción al Derecho Penal**. p. 197.

⁴⁶⁹ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma Moderna Política Criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 2, n. 8, p. 49, 1994.

Por lo tanto, el Derecho Penal no debe volverse simbólico, con expansión desmedida para nuevas realidades sociales problemáticas, adquiriendo rasgos de relativización, desformalización, funcionalización, politización o de administrativización de sus categorías elementales. Se desprecia, de ese modo, las propuestas de desvíos de las misiones tradicionales del sistema punitivo, asentadas en la tutela de bienes jurídicos individuales tangibles y en la delimitación de la responsabilidad criminal solamente en las personas físicas, a través de mecanismos de imputación rigurosamente individuales. Como subraya Cornelius Prittwitz, “o direito penal, cujo perfil se alterou, e até mesmo se deformou sob o peso das tarefas que lhe foram atribuídas, nada ou quase nada tem a apresentar como sucessos ou prognósticos plausíveis de sucesso”.⁴⁷⁰

Esta tendencia conservadora de un reduccionismo a un sistema punitivo básico y nuclear, refractaria al empleo de una política criminal destacadamente práctica donde el Derecho Penal debe ser un medio importante de solución de los problemas que el progreso tecnológico y el desarrollo económico generan en las modernas sociedades, es sostenida por los penalistas que pertenecen a la “Escuela de Frankfurt”, compuesta, además de Hassemer y Prittwitz, notoriamente por Wolfgang Naucke, Paul Wolf, Felix Herzog, Klaus Lüderssen y Peter-Alexis Albrecht. Tal orientación, registra José Luis Díez Ripollés, se caracteriza por congregarse “una estrategia que, sin dejar de reconocer las nuevas necesidades sociales de intervención, se afana por mantener incólume el laboriosamente construido edificio conceptual del derecho penal que se inició en la Ilustración”.⁴⁷¹

Según Hassemer, para el enfrentamiento de las cuestiones modernas, particularmente los ilícitos penales en materia de drogas, económicos, ecológicos, para los cuales el Derecho Penal clásico, concentrado en bienes jurídicos precisos y moldeado en las ideas de la certidumbre y de la subsidiariedad, no está inclinado a proporcionar soluciones satisfactorias, debe ser utilizado lo que él llama de Derecho

⁴⁷⁰ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em Direito Penal e Política Criminal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 12, n. 47, p. 40, 2004.

⁴⁷¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 07-01, 2005. Disponible en internet: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Accedido en: 04 jul 2006.

de Intervención (*“Interventionsrecht”*). Referido sector estaría ubicado entre el Derecho Penal y el Derecho sancionatório administrativo, entre el Derecho Civil y el Derecho Público, con la presencia de garantías y sanciones jurídicas menos rígidas, dejando viable la incorporación de formas de imputación colectiva. Advierte Hassemer que *“esta clase de derecho “moderno” no solo sería mucho menos objetable desde el punto de vista normativo, sino también fácticamente más adecuado para responder a los problemas específicos de las sociedades modernas”*.⁴⁷²

Por otra parte, existen los que doctrinan una posición más flexible sobre la actuación del Derecho Penal, lo que el sociólogo Ulrich Beck denomina de “sociedad de riesgo” (*“Risikogesellschaft”*), perfectamente caracterizada en su obra escrita en 1986, titulada *“Risikogesellschaft. Auf dem Weg eine andere Moderne”*⁴⁷³. Son riesgos globales emergentes de la sociedad postindustrial, tecnológica, polifacética y masificada y que son advenidos de decisiones humanas, muchas veces imprevisibles e incontrolables, que acaban generando un sentimiento de miedo, de incertidumbre e inseguridad colectiva por la ausencia de mensuración y de dominio del curso de los acontecimientos y poniendo en peligro la propia supervivencia del ser humano. Aclara, a propósito del tema, Paulo Silva Fernandes que

os riscos para o meio ambiente, causados pela indústria ou pelas centrais nucleares, ou para os consumidores, provenientes de “falhas” técnicas inerentes ao desenvolvimento de novos produtos, a intromissão da ciência em áreas novas da biologia, da manipulação genética, das comunicações, da informática, etc., ou mesmo os criados “por todos nós”, expõem-nos, diariamente, ao confronto com as raízes da nossa própria existência”.⁴⁷⁴

Ante a eso, afirma Jorge de Figueiredo Dias que no “será socialmente aceitável, o cultivo de um direito penal que, seja em nome de que princípios for, se

⁴⁷² HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad**. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Santa Fe de Bogotá – Colombia: Temis, 1999. p. 35.

⁴⁷³ *“Risikogesellschaft. Auf dem Weg eine andere Moderne”* (edição espanhola: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Madrid: Ediciones Paidós Ibérica, 1998).

⁴⁷⁴ FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, Sociedade de Risco e o Futuro do Direito Penal**. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. p. 55.

desinteresse da sorte das gerações futuras e nada tenha para lhes oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa”.⁴⁷⁵

Sin embargo, para que el Derecho Penal pueda enfrentar esos nuevos desafíos de transmutación de los riesgos, especialmente el combate a la multiplicación de la criminalidad organizada, muchas veces diseminada en redes de escalas internacionales, es evidente que no puede ser a través de sus instrumentos tradicionales peculiares del modelo de sociedad industrial, en que los riesgos para la existencia de las personas y de la colectividad o eran provenientes de acontecimientos naturales o emanaban de conductas humanas próximas y bien delimitadas. En la visión de algunos, sería necesario, por lo tanto, que el Derecho Penal clásico pasase a ser más flexible, con avances en los mecanismos de imputación, ajustes y conformaciones dogmáticas, insertadas dentro de un Derecho Penal secundario (“*Nebenstrafrecht*”). Referido compartimiento sería caracterizado, entre otros aspectos, por la tutela de los bienes jurídicos supra individuales, por la responsabilidad penal no sólo de las personas individuales, pero también de las personas colectivas, por la anticipación del momento en que procede la intervención punitiva y por la ampliación del empleo de las previsiones típicas de delitos de peligro, de negligencia y de omisión, como también por la proliferación de las normas penales en blanco.

Tales matizaciones son efectuadas, por ejemplo, por la orientación radical de la plena funcionalidad del Derecho Penal y de sus categorías fundamentales explicitada, de modo particular por Günther Jakobs y por su discípulo Bernd Mussig, siempre con el propósito de asegurar, a través de la pena, la confirmación de la identidad normativa y de la sociedad, estabilizando el sistema jurídico. Ilustra Jakobs que

existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal: cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social del mismo modo que a la inversa

⁴⁷⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 9, n. 33, p. 49, 2001.

el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles.⁴⁷⁶

Por su vez, existen aquellos que presentan un posicionamiento más moderado, o sea, una actitud que puede ser clasificada como de relativa resistencia garantista ante las diversas modificaciones suscitadas por la política criminal modernizadora, admitiendo, pero, algunas concesiones racionales, compatibles y armónicas en términos de desformalización y adaptaciones de los principios y de las categorías dogmáticas fundamentales. Todo ese proceso debe hacerse con el cuidado de preservar el carácter fragmentario, subsidiario y de *ultima ratio* que identifica el Derecho Penal de un Estado de Derecho, sin insertar demasiados componentes simbólicos tendentes meramente a la pedagogía social, formándose una síntesis coherente entre los objetivos preventivos, de eficacia y de manutención de las bases garantistas. Se encuentra en ese grupo la penalista española Blanca Mendoza Buergo, pues, según ella, la

perspectiva de no negarse de plano a la adaptación del Derecho penal a las nuevas necesidades de protección que surjan, y a la vez reflexionar de forma imaginativa sobre los cauces que pueden seguirse para la solución de los problemas, pero exigiendo de forma irrenunciable el mantenimiento de las bases garantistas del sistema que conforman el modelo del Derecho penal de garantías, parece la vía más correcta para enfocar la solución a las cuestiones que centran la polémica en la actualidad.⁴⁷⁷

En el mismo sentido, para Massimo Donini la flexibilidad de las categorías es algo que debe ser rechazado en los casos en que, por ejemplo, se sustituye la causalidad omisiva por el aumento del riesgo, transformando los delitos de resultado en delitos de peligro, en que el hecho se convierte en una mera condición objetiva de punibilidad; cuando se prescinde del uso de leyes científicas seguras en la verificación del nexo causal o, aún, cuando se objetiva el dolo eventual para facilitar la prueba en juicio, desnaturalizando su dimensión subjetiva. De otra forma, destaca

⁴⁷⁶ JAKOBS, Günther. **Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional**. Madrid: Civitas, 1996. p. 22.

⁴⁷⁷ BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 189.

el autor, deben ser enaltecidas y estimuladas adaptaciones dogmáticas cuando se amplian los espacios de la no punibilidad, por ejemplo, aumentando hipótesis de empleo de *diversion*, de mediación, de reparación del daño o de las posibilidades de negociación en las fases de aplicación de la sanción penal. Subraya Donini que

la flexibilización representa aquí una nueva cara de la justicia penal, menos autoritaria y más atenta al diálogo entre el Estado y el reo, más laica porque está más desvinculada de la idea retributiva y, en esta medida, es más sensible a las razones de la prevención especial y a la diversificación de las penas.⁴⁷⁸

Igualmente Lorenzo Morillas Cueva ha demostrado ciertas reservas en relación a ese expansionismo del Derecho Penal originado, fundamentalmente, por la globalización política y, sobre todo, por la económica, proceso que puede hacer que el Derecho Penal se quede a servicio de los intereses de las nuevas fórmulas del mercado, haciéndole desvirtuar de su función primaria tuteladora de los bienes jurídicos, situación que provoca manifestaciones preocupantes de criminalización excesiva de rasgo meramente retórico. Para él, el sistema punitivo, en el tratamiento de esas nuevas cuestiones,

debe de continuar siendo un derecho basado en el principio de intervención mínima, sin caer en un excesivo simbolismo, pero al mismo tiempo ha de afrontar la criminalización de nuevas formas de delincuencia, siempre bajo la cobertura del absoluto respeto a los principios delimitadores del moderno Derecho Penal, entre los que lógicamente se encuentra el carácter de ultima ratio.⁴⁷⁹

De otra forma, Jesús María Silva Sánchez, reconociendo que es imposible contener la expansión del Derecho Penal ante los nuevos fenómenos que han sido

⁴⁷⁸ DONINI, Massimo. Una Nueva Edad Media Penal? Lo Viejo y lo Nuevo en la Expansión del Derecho Penal Económico. In: BASOCO, Juan María Terradillos; SÁNCHEZ, María Acale (coordinadores). **Temas de Derecho Penal Económico**: III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico. Madrid: Trotta, 2004. p. 205.

⁴⁷⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 04-06, 2002. Disponible en internet: <<http://criminetugr.es/recpc>>. Accedido en: 21 jul 2006.

constatados y las aspiraciones de las sociedades actuales, sostiene la formación de dos segmentos de ilícitos: uno representativo de aquellos a que estará conminada la pena privativa de libertad, digno de todas las clásicas garantías político-criminales y dirigido a protección del elenco de los bienes jurídicos tradicionales, estando regulado por los habituales y rigurosos criterios de imputación; el otro, abarcando un repertorio de hechos para los cuales serán atribuidas las demás sanciones penales, compartimento que permitiría la relativización y flexibilización de las categorías básicas, que se ocuparía específicamente de esas perturbaciones sociales modernas emergentes de la sociedad de riesgo. Se extrae, de esa dicotomía, lo que el autor llama de “Derecho Penal de dos velocidades”, con mecanismos de imputación y reglas normativas operando a dos niveles de intensidad, conforme se estea delante de uno u otro de los mencionados campos de ilicitud. Da la misma forma que Hassemer, propone Silva Sánchez para el tratamiento de las cuestiones provenientes de la criminalidad moderna, en que se utilizaría para el enfrentamiento el modelo excluyente de la pena privativa de libertad, un ablandamiento en las garantías jurídicas, con el particular aspecto diferencial de que todo eso se manifestaría dentro del espectro del Derecho Penal. Destaca el autor que

seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas às sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a conseqüente imparcialidade máxima), da mesma forma que a manutenção do significado “penal” dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão.⁴⁸⁰

⁴⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145.

Capítulo 8

PRINCIPIO DE HUMANIDAD

8 PRINCIPIO DE HUMANIDAD

8.1 EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y LA EVOLUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES. LA FORMACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

El principio de humanidad constituye un obstáculo que impide los Estados, en el ejercicio del poder punitivo, de aplicar sanciones que vengan a afectar la dignidad de los individuos, proporcionando un trato inhumano y degradante o que afecten la constitución físico-psíquica de los agentes condenados por la práctica de infracciones penales, vedando, igualmente, de forma absoluta, el empleo de la tortura y malos tratos en los interrogatorios policiales. Conforme magisterio de Gonzalo Quintero Olivares

la potestad punitiva debe ajustarse simultáneamente al humanitarismo, que no ha de entenderse como simple caridad o benevolencia, sino como manifestación del respeto a la persona humana, y a la necesidad social del castigo, por encima de toda otra consideración científica o teórica.⁴⁸¹

Sin embargo, en términos de concretización práctica, doctrinal y legislativa, pondera acertadamente el profesor Maurício Antônio Ribeiro Lopes, que *“a idéia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal”*.⁴⁸² La historia de las sanciones penales es más aterradorante para la humanidad que la propia evolución de las formas de manifestación de la criminalidad.

Como se sabe, en la antigüedad, especialmente en Roma y Grecia, penas extremadamente dolorosas eran impuestas, precipuamente con vistas al cuerpo de los condenados, predominando la pena de muerte, las corporales, como, por

⁴⁸¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. cit., p. 103.

⁴⁸² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 102.

ejemplo, las mutilaciones, los azotes, los trabajos forzados y las infamantes. En ese período no se aplicaba la pena privativa de libertad de la misma forma que la concebimos hoy, una vez que la prisión no funcionaba como sanción penal propiamente dicha, pues, conforme enseña Cezar Roberto Bitencourt, en minucioso estudio sobre el tema, *“até fins do século XVII a prisão serviu somente aos fins de contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados”*.⁴⁸³

Así, durante un largo estagio de la historia, la prisión fue utilizada meramente como un mecanismo de depósito, un instrumento de contención y custodia del reo, pero que servía, también, para el empleo amplio de la tortura y de las ordalías como medio para descubrir la verdad de los hechos, todo eso mientras no fuese decidida, aplicada y ejecutada la sanción penal para aquellos que resistiesen a los suplicios de las investigaciones preliminares.

En el período de terror y brutalidad de la Edad Media no se alteró mucho ese cuadro caracterizado por un sistema punitivo inhumano e ineficaz, continuando la privación de la libertad de tener una finalidad esencialmente custodial, se quedando la decisión sobre la especie de pena a ser aplicada al total albedrío de los gobernantes, que utilizaban básicamente, como criterio individualizador, la clase social en que se encuadra el acusado, presentándose, de ese modo, como una estructura judicial extremadamente injusta y corrompida. No había cualquier tipo de respeto a la dignidad humana en la ejecución de las penas que eran las más brutas posibles, habiendo el predominio de las que tocaban el cuerpo del condenado como, por ejemplo, la quema de carne a través del fuego, la amputación de brazos, ojos, piernas, lengua y, también, para los ilícitos más graves, la atribución de la pena de muerte.

Sin embargo, fue en la Edad Media, que surgió, de forma incipiente, una noción preliminar de aplicación de la pena privativa de libertad a través de la

⁴⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. Causas e Alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 14.

creación de la prisión del Estado, destinada a enclaustrar las personas reputadas como traidoras y enemigas de los gobernantes.

En ese sentido fue idealizada, también, la denominada cárcel eclesiástica, concebida por el Derecho Canónico y utilizada con el fin de retener los clérigos faltosos y los hereges en los monasterios, como una forma de corrección, de meditación y de penitencia por la infracción cometida, representando un antecedente muy similar a la concepción actual de la pena de prisión.

Pero fue la Edad Moderna que, debido a las grandes controversias religiosas, las guerras duraderas, la grave situación económica y social que asoló el continente europeo, con la miséria abatiendo buena parte de la población y el crecimiento vertiginoso de la criminalidad, hizo con que los gobernantes realizasen una reflexión político-criminal más atenta, llegando a la conclusión de que las tradicionales penas empleadas, o sea, las corporales, infamantes y la de muerte, no eran eficaces para combatir los graves disturbios sociales y no correspondían más a las ansias de justicia.

A partir de ese contexto social caótico surgió un fuerte movimiento en el sentido de hacer de la prisión una especie de sanción penal, dejando de funcionar como un simple instrumento de custodia, difundiéndose, también la idea de creación de proyectos arquitectónicos y de construcciones de cárceles como base para punir y corregir los condenados. Michel Foucault, en su obra "*Histoire de la Folie à l'Âge Classique*", preconiza que

a prática do internamento designa uma nova reação à miséria, um novo patético – de modo mais amplo, um outro relacionamento do homem com aquilo que pode haver de inumano em sua existência. O pobre, o miserável, o homem que não pode responder por sua própria existência, assumiu no decorrer do século XVI uma figura que a Idade Média não teria reconhecido.⁴⁸⁴

⁴⁸⁴ FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1989. p. 56.

Ingraterra fue una de las pioneras en la arquitectura carcelaria, habiendo sido el castillo de Bridwell el primer establecimiento penitenciario, fundado en 1552, de que se tiene noticia, que sirvió para el recogimiento de vagabundos, ociosos y protagonistas de infracciones penales de menor potencial ofensivo, con el objetivo de rehabilitarlos a través de la ideología de la disciplina, de la instrucción religiosa y del trabajo. Referido programa rehabilitador alcanzó resultados altamente positivos, lo que hizo con que se adoptase, en varias regiones de Inglaterra, principalmente en mediados del siglo XVII, las llamadas “*houses of correction*” o “*bridwells*” y, más tarde, con igual finalidad, las famosas “*Workhouses*”.

Contribuyeron mucho también para la consagración de la visión moderna de la pena privativa de libertad y para la iniciación del penitenciarismo en las instituciones carcelarias holandesas, creadas en Amsterdam. Inicialmente, en 1596, la “*Rasphuys*”, casa de corrección para hombres y, en 1597, la “*Spínnhyses*” propia para mujeres, con la finalidad de reformar a los delincuentes, autores de infracciones de menor porte. Destaca Cezar Bitencourt que

as prisões de Amsterdam, edificadas expressamente para tal fim, contando com um programa de reforma, alcançaram um grande êxito e foram imitadas em muitos países europeus. Constituíam um fato excepcional. Foi necessário esperar mais de dois séculos para que as prisões fossem consideradas um lugar de correção e não de simples custódia do delinqüente à espera de julgamento.⁴⁸⁵

Esa nueva modalidad de sanción penal que fue se esparciendo proporcionó, de cierta forma, un sistema punitivo más humanitario que el existente en el período medieval. Sin embargo, no se puede negar que las casas de corrección inglesas y holandesas no tenían solamente el propósito de corregir los delincuentes, una vez que estaba fuertemente inculcado en sus engranajes el ideal capitalista, la finalidad de explotar la mano de obra más barata y de controlar los sueldos, haciendo con que los presos comprendiesen y aceptasen las directrices del proceso de

⁴⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão...**, p. 26.

producción. Funcionaban como un mecanismo de control, de adiestramiento y de dominación bajo los aspectos económico, político e ideológico.

A partir de esa óptica, dicen Dario Melossi y Massimo Pavarini, en clásico ensayo de perspectiva marxista sobre el origen de la pena de prisión, que las casas de corrección inglesas y holandesas no tenían como finalidad primordial proporcionar un tratamiento más humanitario a los condenados, sino constituirse más en un instrumento que permitiese imponer la sumisión de los individuos al sistema económico y social capitalista, o sea, de aceptación de la “*Weltanschauung burguesa-calvinista*”. De ese modo, aclaran los renombrados autores, los bajos sueldos pagados a los presos

son muy útiles, ya que hacen particularmente opresivo el método de trabajo y preparan para obedecer una vez que se esté fuera. La dureza particular de las condiciones en el interior de la casa de corrección tiene, además, otro efecto sobre el exterior, lo que los juristas llaman de “prevención general”, o sea una función de intimidación, por la cual, el trabajador libre, antes que terminar en la casa de trabajo o en la cárcel, prefiere aceptar las condiciones impuestas al trabajo y, más en general, a la existencia”.⁴⁸⁶

Con igual opinión encuéntrase Zaffaroni para quien es incuestionable que “*el surgimiento de la prisión fue un producto de la revolución industrial*”.⁴⁸⁷

Pero no todas las heridas medievales fueron borradas con el alborecer de esta nueva era, una vez que la legislación penal europea de la mitad del siglo XVIII estaba señalada por procedimientos extremadamente rigurosos, de alarmante desrespeto a la dignidad humana, admitiendo, también, ampliamente, el empleo de castigos corporales y pena de muerte, siendo un sistema punitivo caracterizado por la corrupción y por el fomento de privilegios sociales.

La introducción de la pena privativa de libertad, que de cierta forma dio una moldura más humanitaria al sistema punitivo en el comienzo de la Edad Moderna y

⁴⁸⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcel y Fábrica**. Los Orígenes del Sistema Penitenciario (Siglos XVI-XIX). México: Siglo Veintiuno, 1985. p. 42.

⁴⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**. Aproximación desde un Margen. Bogotá: Temis, 1988. v. 1. p. 106.

que alcanzó su apogeo en la mitad del siglo XIX, empezó a sufrir un acelerado proceso de quiebra y un sentimiento de escepticismo antes incluso de que ese siglo acabase, por el hecho de no haber conseguido éxito en sus propósitos tan alardeados. En vez de alcanzar la deseada resocialización del delincuente, acabó transformándolo, regla general, en un sujeto más peligroso, corrompido, desmoralizado, humillado y repleto de cólera. Además de eso representa un mecanismo que favorece la reincidencia, por la cárcel ser un ambiente donde se respira, se ve y se aprende la criminalidad.

Los motivos que justifican ese diagnóstico desolador son del conocimiento de todos: la crueldad y la deshumanización existentes en los establecimientos penitenciarios, la superpoblación carcelaria, la desculturización, la estratificación social carcelaria, la ausencia de condiciones mínimas de higiene y de desarrollo de actividad laboral, alimentación precaria, la expansión de psicosis, la promiscuidad sexual, la violación de la intimidad, el consumo elevado de estupefacientes, la subcultura carcelaria, etc. Son factores adversos que a lo largo de los años fueron se agravando y se multiplicando, dejando prácticamente utópica la concretización de la finalidad preventiva de la pena de prisión. Con eso asevera Gerardo Landrove Díaz,

la pena privativa de libertad - se afirma - ha cumplido el papel histórico de sustituir a la capital y a las corporales. Su fracaso no se debe a la inhumana ejecución que de la misma se ha hecho con demasiada frecuencia. La nocividad reside en su propia naturaleza. Por ello, no se trata - simplemente - de hacerla menos cruel e inhumana, sino de erradicarla de los sistemas punitivos.⁴⁸⁸

Ese cuadro asombroso de la pena privativa de libertad hizo con que surgiese a fines del siglo XIX y comienzo del siglo XX un fuerte movimiento en el sentido de aplicar las llamadas penas alternativas, principalmente bajo el liderazgo de Franz von Liszt, arduo combatiente de las penas cortas privativas de libertad, proponiendo su sustitución por sanciones más adecuadas y amenas y, más recientemente, a

⁴⁸⁸ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. cit., p. 58.

partir de la década de los sesenta del siglo XX, un discurso abolicionista doctrinando la eliminación del sistema carcelario.

Se constata, por lo tanto, que el proceso de humanización del Derecho Penal, tanto bajo el punto de vista legislativo como doctrinal, fue muy lento, oscilante y sufrible. Sobre ese aspecto, asevera Luigi Ferrajoli que,

si la historia de las penas es vergonzosa, no lo es menos la historia del pensamiento jurídico y filosófico en materia de penas, que lleva no poca responsabilidad por los horrores cometidos: por omisión, por no haber levantado seriamente su voz nunca, hasta el siglo de las luces, contra la inhumanidad de las penas; y por acción, por haber expresado casi siempre adhesión y apoyo a la pena de muerte.⁴⁸⁹

Realmente, sólo a partir del Iluminismo es que algunos pensadores ilustrados, como, por ejemplo, Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Beccaria, John Howard y Jeremy Bentham se alzaron contra el orden social reinante. Y sus escritos reprobaron vehementemente la severidad de los ordenamientos jurídicos, la arbitrariedad de las decisiones judiciales y la atrocidad de las penas y enaltecieron, como premisas básicas para una sociedad y una legislación más justas, el necesario respeto a la libertad y dignidad de los individuos, los postulados de la mitigación, proporcionalidad y humanidad de las penas, su finalidad preventiva, el principio de legalidad, bem como um amplio programa de reformas carcelarias radicales. En ese sentido registra Elías Neumann

a mediados del siglo XVIII aparecen dos publicaciones llamadas a esparcirse profusamente, causando enorme revuelto en el campo social y jurídico: *Dei delitti e delle pene*, del marqués Cesare Beccaria y *State of prisons*, de John Howard. Cupo al primero con sentido solidario y generoso - más que jurídico -, trazar los lineamientos de las reformas de las penas y a Howard dar basamento humano al régimen carcelario. Ambos tienen de común el mismo acento de vehemente sinceridad y el mismo empeño de abrir paso a las realizaciones del futuro.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta, 2005. p. 387.

⁴⁹⁰ NEUMANN, Elías. **Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Régimenes Carcelarios**. Buenos Aires: Pannedille, 1971. p.67.

De ese modo la solidificación del principio de humanidad como una de las piedras angulares del Derecho Penal moderno ocurrió con las convicciones filosóficas y jurídicas iluministas de los siglos XVII y XVIII, período en que se difundió la tesis de que el Estado tiene su origen en la celebración de un contrato entre los miembros de la colectividad, que cederían parcelas de sus prerrogativas y libertad y en contrapartida recibirían del poder constituido la garantía de que los derechos humanos serían respetados y asegurados en las Constituciones.

Cabe registrar que la Declaración de Derechos del Hombre explicitó, en su art. 5º, que “*nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”. A partir de eso, en los Estados de Derecho de moldura democrática, el principio de humanidad fue alcanzado como garantía constitucional, con la prohibición expresa de determinadas especies de penas que vengán a eliminar la vida, lesar el honor y privar para siempre la libertad de los infractores, también con la imposición de reglas con vistas al respeto a integridad física y moral de los condenados.

8.2 EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN EL DERECHO BRASILEÑO. MANIFESTACIONES DE LA “JUSTICIA NEGOCIADA” EN EL DERECHO COMPARADO

De ese modo, siguiendo esa tendencia, en Brasil, la Constitución Federal de 1988 estipuló algunos dispositivos explicitadores del principio de humanidad, como, por ejemplo, en su art. 1º, al enunciar que

a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana; no art. 5º, caput, “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III- ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLI- a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLVII- não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLIX- é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L- às presidiárias serão*

asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; LXXV- o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Ya el Código Penal brasileño estampó en su art. 38, que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Igualmente, en la Ley de Ejecución Penal, hubo la preocupación con la dignidad humana, cuando enuncia, en su art. 3º que “*ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei*” y en el párrafo único, del mismo dispositivo, cuando dice que “*não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política*”; en el art. 41, cuando preceptúa que constituye derecho del preso: “*VII- assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa*”.

A partir de la lectura del amplio elenco de garantías aseguradas a los condenados en la legislación brasileña, especialmente para aquellos sometidos a pena privativa de libertad, se constata que los penados conservan un considerable acervo de derechos reconocidos a los ciudadanos libres, salvo, lógicamente, los atinentes a la condición propia de la categoría de reclusos, como, por ejemplo, la libertad de locomoción (art. 5º, XV, de la CF), la libertad de reunión (art. 5º, XXVI, de la CF), la libertad de asociación (art. 5º, XVII, de la CF), el libre ejercicio de cualquier profesión (art. 5º, XIII, de la CF), la inviolabilidad domiciliaria en relación a la celda (art. 5º, XI, de la CF) y el ejercicio de los derechos políticos (Art. 15, III, de la CF).

Sin embargo, ilustra el profesor Alexandre de Moraes, el Estado tiene que respetar y reconocer que, en el proceso de ejecución de la pena

o preso continua a sustentar os demais direitos e garantias fundamentais, por exemplo, à integridade física e moral (CF, art. 5º, III, V, X e LXIV), à liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), entre inúmeros outros, e, em especial, aos direitos à vida e à dignidade humana...⁴⁹¹

⁴⁹¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 241.

Partiendo de una visión ilustrada-contractualista del llamado “*ius puniendi*”, los individuos, al pactaren, autorizan expresamente el Estado a intervenir en determinadas situaciones conflictivas en el sentido de retirar temporalmente la libertad de aquellos que desrespetaron las cláusulas estipuladas para la armónica y ordenada convivencia social y lesaron o expusieron al peligro bienes jurídicos fundamentales. De ese modo, concluyen con propiedad Sérgio Salomão Shecaira y Alceu Corrêa Júnior que “*a pena privativa de liberdade constitui-se em um legítimo limite imposto pelo poder público àquele que utiliza mal seu direito de ir, vir ou permanecer. É uma conseqüência jurídica aplicada ao infrator*”.⁴⁹²

Por otro lado, son laudables, a la luz del principio de humanidad, la consagración en el sistema jurídico-penal brasileño de institutos que evitan la incidencia abusiva del empleo de la cárcel o que reduzcan el tiempo de su ejecución, de forma a dirigirla solamente para las situaciones más graves. Pero, cabe destacar que, en la fijación de los presupuestos legales para la concesión de esas prerrogativas del agente infractor se debe tener el cuidado de preservar las tradicionales garantías penales y procesales, muchas de ellas consagradas constitucionalmente, lo que infelizmente ni siempre se constata, conforme hemos denunciado en varios momentos en la presente tesis doctoral. Pero, en afuera de esos aspectos negativos de técnica legislativa, que, en algunos casos, pueden perfectamente ser corregidos por los operadores del Derecho, a través de una hermenéutica garantista-constitucional de los institutos, no hay como dejar de celebrar, en el sistema penal brasileño, la existencia de instrumentos que sirven para sacar las características o son de reducción temporal de la prisión, como son los casos de la utilización de las penas restrictivas de derechos (arts. 43-48, del CP y art. 180, de la Ley 7210/84); de la multa sustitutiva (arts. 44, § 2º y 60, § 2º, del CP); de la suspensión condicional del proceso (art. 89, de la Ley 9099/95); de la suspensión condicional de la pena (arts. 77-82, del CP); de la transacción civil (art. 76, de la Ley 9099/95) y de la transacción penal (art. 76, de la Ley 9099/95), como formas de solución para los conflictos involucrando infracciones penales de menor potencial ofensivo (art. 61, de la Ley 9099/95); del libertad condicional (arts. 83-90,

⁴⁹² SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e Constituição**. Aspectos Relevantes para sua Aplicação e Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 60.

del CP); de la extinción de la punibilidad (art. 107, del CP); de la detracción (art. 42, del CP); de la remisión (arts. 126-130, de la Ley 7210/84); de la progresión del régimen (art. 112, de la Ley 7210/84 y Ley 11.464/07); de las autorizaciones de salida (arts. 120-125, de la Ley 7210/84), etc.

Sobre la llamada “Justicia Negociada o Restaurativa”, tema que más adelante destacaremos con más detalles, cuando se tratar de la instauración de los Juzgados Especiales Criminales en Brasil, en España ha sido exaltada por algunos sectores de la doctrina la adopción de fórmulas flexibles, operacionales y no formalizadas de solución de determinados conflictos por intermedio de mecanismos intrasistémicos de mediación y conciliación, como formas de atenuar los efectos nocivos provenientes del uso de los procedimientos penales más convencionales. En estos términos, prevé el art. 19 de la Ley Orgánica 5, de 12 de enero de 2000 (LORRPM), reguladora de la responsabilidad penal de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la práctica de actos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o en las leyes penales especiales, la posibilidad de conciliación y mediación, al disciplinar el “sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima”, autorizando el Fiscal a desistir del procedimiento ya empezado. Ya el art. 52.3, de la misma Ley Orgánica 5/2000, estipula que el juez, en el momento en que sea iniciado el acuerdo conciliatorio del agente infractor con la víctima, debe determinar sin efecto la medida impuesta, cuando *“juzgue que dicto acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”*. Dentro del modelo de “Justicia Negociada”, está en el art. 18, de la misma ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, la previsión del principio de la oportunidad reglada, cuando se proclama, por parte del Ministerio Público, el ejercicio del “desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar”. Demostrando simpatía por la adopción de la reparación como tendencia de política criminal, en plena sintonía con el postulado de la intervención mínima del sistema punitivo frente a los conflictos sociales, observa Beatriz Cruz Marques que

en este contexto, cabe señalar la evidente correspondencia que existe entre el proceso de mediación, que implica un enfrentamiento directo del menor

con los efectos negativos de sus actos, y el concepto educativo de responsabilidad inmanente a la LORRPM, en tanto neutraliza el proceso de deshumanización, autojustificación y racionalización del delito que suele mostrar el menor infractor, tendente a evadir su propia responsabilidad.⁴⁹³

En el ordenamiento procesal penal español también están previstos actos de negociación entre las partes con efectos vinculadores para el juez o Tribunal, a través de la figura de la “conformidad”, haciendo posible que sea proferida una sentencia condenatoria de forma más célere, en los modelos del pacto celebrado entre el Ministerio Fiscal y el acusado, en que se señaló la confesión de una culpabilidad pactada, sin haber necesidad de la acusación presentar los elementos probatorios y de la defensa ejercer el contradictorio, con todas sus garantías. Está prevista la sistemática de la “conformidad”, sin que se tenga una reglamentación legal unitaria en varias partes del ordenamiento jurídico español, como en los casos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (juicio ordinario – arts. 652 y ss., 688 y ss.; juicio abreviado – arts. 784.3º, 787 y 801; juicio rápido – art. 801), en la Ley Penal del menor (arts. 32 y 36 de la Ley Orgánica 5/2000) y en la Ley Orgánica del Jurado (art. 50 de la L.O. 5/1995). Observa, sin embargo, con propiedad, Antonio García-Pablos de Molina, que

la *conformidad* es una institución justamente cuestionada, de imprevisible inercia expansiva, que tendencialmente prima y sobredimensiona las ventajas de la aceleración del proceso a costa del sacrificio de principios y garantías irrenunciables del proceso penal. Por otra parte, la estructura negocial, transaccional, de la misma enturbia la naturaleza *pública* del *ius puniendi* y el carácter no dispositivo sino coactivo de las normas que regulan su ejercicio”.⁴⁹⁴

Puntúan Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend que en el Derecho Penal alemán, también se encuentran elementos de la “Justicia Negociada”, una vez que

⁴⁹³ CRUZ MARQUES, Beatriz. La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: Conciliación y reparación del daño. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (en línea). 2005, núm. 07-14, p. 14:1 – 14:34. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-14.pdf>. Accedido en 07/10/07.

⁴⁹⁴ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Introducción al Derecho Penal**. Madrid: Estudios Ramón Areces, 2006. p. 77.

a través de la Ley para la Lucha contra el Delito de 28.10.1994 (BGBl. I pág. 3186) se creó la posibilidad de remitir la pena o de atenuarla conforme al § 49 I, cuando el autor se esfuerza en reconciliarse con la víctima, cuando ha reparado la mayoría o la totalidad del perjuicio causado o, al menos, ha pretendido esto último seriamente (§ 46a núm. 1). Asimismo, puede remitirse la pena o ésta ser atenuada si el autor, a través de una “prestación personalísima” o una “renuncia” del mismo carácter ha compensado en todo o en parte a la víctima (§ 46a núm. 2).⁴⁹⁵

Con eso se creó en el sistema penal alemán fuertes estímulos para que el agente infractor venga a resarcir las consecuencias originadas del delito cometido por él, bajo la alegación de que la reparación, en algunos casos, además de limitar la utilización de las sanciones penales tradicionales, también presenta carácter punitivo suficiente para atender a los fines preventivo-generales y especiales de la pena y, además de eso, mejora las expectativas de la víctima en lograr una indemnización satisfactoria, sin necesidad de recurrir a una demanda civil. Destacan Jescheck y Weigend que *“en la prosecución de estas aportaciones muchos autores calificaron a la reparación, junto a las penas y las medidas de seguridad, como la “tercera vía” del Derecho criminal; propusieron dejar que en una cierta extensión la reparación del daño entrara en lugar de la pena”*.⁴⁹⁶

8.3 VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

8.3.1 Ejecución de las Sanciones Penales

A nuestro juicio, la circunstancia legal ya comentada de se admitir un plazo indeterminado en la ejecución de la medida de seguridad aplicable a los agentes inimputables y semiimputables, conforme consta en el art. 97, párrafo primero, del Código Penal brasileño, constituye una regla que afecta los principios de legalidad, de intervención mínima, de proporcionalidad y, el aquí suscitado, principio de humanidad.

⁴⁹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 931.

⁴⁹⁶ Idem, p. 932.

Enseñan acertadamente Zaffaroni, Alagia y Slokar que,

en función del principio de humanidad, es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto (muerte, castración, esterilización, marcación cutánea, amputación, intervenciones neurológicas). Igualmente crueles son las consecuencias jurídicas que se pretenden mantener hasta la muerte de la persona, puesto que importa asignarle una marca jurídica que la convierte en una persona de inferior dignidad (*capitis diminutio*). Toda consecuencia de una punición debe cesar en algún momento, por largo que sea el tiempo que deba transcurrir, pero nunca puede ser perpetua en el sentido propio de la expresión, pues implicaría admitir la existencia de una persona descartable.⁴⁹⁷

Otra situación que toca considerablemente el principio de humanidad de las penas, y que abordaremos mejor más adelante, constituye la regla legal de imponer el cumplimiento de pena privativa de libertad integralmente en el régimen cerrado, para los condenados por práctica de crímenes horrendos, terrorismo y tráfico ilícito de estupefacientes. Para tales crímenes, la legislación penal vedó la posibilidad de se permitir la progresión de régimen carcelario, aunque se haya demostrado indicios de mejoría y de readaptación social por parte del recluso, lo que, evidentemente, constituye una falta de estímulo para que el agente venga a cumplir las tareas propias del programa ejecutorio de la pena (cabe registrar que referida regla, prevista en el art. 2º, §1º, de la Ley 8072/90, fue interpretada, recientemente, conforme vamos a ver más adelante, como inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal, en la apreciación del *Habeas Corpus* n° 82.959, en decisión de 23/02/2006).

8.3.2 Pena de Muerte

Las penas drásticas no constituyen particularidades del pasado. Aún hoy día, al ingresar en un nuevo milenio, nos deparamos con la casi totalidad de los países adoptando la pena de muerte. Recuerda Ferrajoli que

⁴⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2000. Parte General. p. 125.

sólo 28 estados la han abolido por completo; en 129 países – entre los cuales gran parte de los Estados Unidos, la Unión Soviética y la casi totalidad de los países africanos y asiáticos – es aplicada incluso en tiempo de paz; y en otros 18 países, entre los cuales Italia, Gran Bretaña y España, está prevista sólo para tiempo de guerra.⁴⁹⁸

Específicamente en relación a los Estados Unidos informan Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend que,

después de muchos años en los que nadie había sido ejecutado, la Corte Suprema declaró en 1972 que la aplicación de la pena de muerte era incompatible con la Constitución Federal del país. Sin embargo, después de que los legisladores de muchos Estados de la Federación asumieran en sus Códigos penales criterios más exactos para la imposición de la pena de muerte, el mismo Tribunal sentenció que dicha sanción dejaba de ser una pena “extraordinaria” que, en consecuencia, no vulneraba la prohibición contenida en la 8ª Enmienda de la Constitución. Desde entonces la pena de muerte está prevista en la mayoría de los Estados norteamericanos y en el Derecho federal. También se aplica de modo creciente, a lo que hay que añadir el hecho de que son ejecutadas personas que han cometido delitos siendo jóvenes o en una situación de capacidad de culpabilidad disminuida. Dado que en los EE.UU. la opinión pública apoya la aplicación de la pena de muerte, no parece que varíe en un futuro su situación jurídica.⁴⁹⁹

Un dato curioso de la problemática cuestión de la pena de muerte es que recientemente el Supremo Tribunal de China proyectó modificaciones en la forma de ejecución de condenados con la finalidad de se emplear un “metodo más civilizado” sustituyendo el tradicional tiro en la nuca por la inyección letal. Tal alteración procedimental constituyó en contestación a las fuertes reacciones internacionales contrarias a la sistemática brutal con que millares de personas son ejecutadas anualmente en este país, estimadas entre 5000 y 10000, sólo en el año 2001, debido a la implantación de una política criminal simbólica intitulada de “Acción Dura”, que pasó a admitir la aplicación de la pena de muerte para varios delitos no violentos, por ejemplo, la sustracción de cosas, abuso de poder, malversación de caudales públicos y el cohecho. La expectativa es la de que con la utilización del nuevo metodo disminuirá el número de ejecuciones en masa realizadas en locales públicos, generalmente estadios de fútbol, verdaderos espectáculos organizados por

⁴⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 386.

⁴⁹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 812-813.

las autoridades gubernamentales para mostrar, de forma clara y directa, a la colectividad, que se ha hecho justicia y que el crimen no compensa, también para atenuar la agonía de los condenados, que, a veces, necesitan de más un tiro para que se mueran. En la opinión de “China Daily”, principal periódico oficial en lengua inglesa del país, los cambios *“prueban el respeto de China por la dignidad de todos los seres humanos, hasta por aquellos que cometieron crímenes serios”*. En entrevista para la revista semanal china “Sanlian”, el verdugo Li Shusheng dijo que los ejecutores utilizan rifles semiautomáticos y disparan de muy corta distancia para garantizar un tiro certero y fatal en la nuca y deben usar guantes y máscaras quirúrgicas para evitar que sean tocados por los chorreones de sangre, de la masa cerebral y de huesos. Para él la nueva sistemática ejecutória debe ser saludada, toda vez que libraré a los verdugos de practicar un acto de terror. Parte de la prensa china entiende que la adopción del nuevo procedimiento ejecutivo de la pena de muerte se asocia a los factores económicos. Según exploración hecha por la revista “Sanlian”, las ejecuciones con bala cuestan al Estado US\$ 85 por prisionero, incluyendo por lo menos US\$ 12 pagados al verdugo. Sin embargo, algunos analistas y defensores de derechos humanos sostienen la tesis de que un factor más obscuro puede estar por detrás de la opción por la inyección letal. La modificación va favorecer la operacionalización de uno de los más polémicos aspectos de la utilización de pena de muerte en China, la retirada de órganos de los prisioneros ejecutados, pues, según se tiene noticia, los condenados a muerte son la mayor fuente del país proveedora de órganos para la realización de transplantes. De acuerdo con dictámenes científicos, la inyección letal, adecuadamente preparada, no perjudica los órganos, tampoco el corazón.⁵⁰⁰

Sin embargo, a pesar de no cambiar el cuadro medieval e inquisitorial reinante en el sistema punitivo chino, hay que loar las noticias que han sido divulgadas sobre la iniciativa del Parlamento de se aprobar una enmienda constitucional que venga a ampliar la protección de los derechos humanos.⁵⁰¹

⁵⁰⁰ Cfr. **Jornal Folha de São Paulo**, edição de 8 de janeiro de 2002, Caderno A. p. 11.

⁵⁰¹ Cfr. **Jornal Folha de São Paulo**, edição de 4 de março de 2004, Caderno A. p. 17.

En Brasil, por la lectura del art. 5º, XLVII, “a”, de la Constitución Federal se constata que no hay prohibición absoluta de la aplicación de la pena capital, siendo perfectamente admitida en tiempo de guerra, declarada conforme los procedimientos de la Carta Magna, es decir, a través del Presidente de la República, en caso de agresión extranjera, si debidamente autorizado por el Congreso Nacional o refrendado por el, y si ocurrida en el intervalo de las sesiones legislativas, en los términos de su art. 84, XIX.

En el Código Penal Militar brasileño (Decreto-ley 1001, de 21 de octubre de 1969) consta, en su art. 55, I, la muerte como una de las penas principales, siendo ejecutada a través de fusilamiento (art. 56, del CPM), pudiendo ser aplicada a autores de delitos militares cometidos en tiempo de guerra, tales como, por ejemplo, la traición (art. 355, del CPM), información o auxilio al enemigo (art. 359, del CPM), espionaje (art. 366, del CPM), motín, revuelta o conspiración (art. 368, del CPM), entre otros. La sentencia condenatoria que tenga determinado la aplicación de pena de muerte, después del pasado en juzgado, deberá ser comunicada al Presidente de la República y solamente podrá ser ejecutada una vez transcurridos siete días de esa notificación, considerando que el mismo tiene la plena facultad de conceder gracia al condenado, instituto que constituye una causa de extinción de la punibilidad (art. 57 del CPM). Sin embargo, excepcionalmente, la legislación penal militar autoriza la posibilidad de ejecutar inmediatamente la pena capital, cuando lo exija el interés del orden y de la disciplina militares (art. 57, párrafo único, del CPM). Haciendo una exegesis del referido procedimiento, se posiciona acertadamente Alexandre de Moraes, al decir que

esse preceito infraconstitucional deve ser interpretado conforme os direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988, basicamente, em face do direito à vida e do direito de ampla defesa, que extrapola a simples defesa processual, englobando todos os atos possíveis para a defesa do sentenciado, e, em especial, para a preservação de sua vida. Dessa forma, apesar da possibilidade de execução imediata da pena, em face do interesse da ordem e da disciplina militares, a medida nunca poderá ser tomada antes da prévia ciência do Presidente da República, Comandante Constitucional Supremo das Forças Armadas (CF, art. 84, XIII), a fim de que possa analisar a possibilidade de concessão de graça. Não se argumente, em face da modernidade dos meios de comunicação, que a necessidade de

mera ciência ao Presidente da República poderia colocar em risco o interesse da ordem e da disciplina militares.⁵⁰²

Sobre la forma de ejecución, el Código de Proceso Penal Militar (Decreto-ley n. 1002, de 21 de octubre de 1969), disciplina, en su art. 707, que

o militar que tiver de ser fuzilado sairá da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo se o recusar, no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo serão substituídas por sinais. §1º O civil ou assemelhado será executado nas mesmas condições, devendo deixar a prisão decentemente vestido. §2º Será permitido ao condenado receber socorro espiritual.

Podemos afirmar que los países que utilizan la muerte como especie de pena, expresamente en su ordenamiento jurídico, al aplicarla no están cometiendo acto ilegal, desde que sea un procedimiento que respete todos los requisitos formales para su ejecución. Sin embargo, esto no significa que este procedimiento sea legítimo, útil y justo. No obstante, como muy bien refiere Vergílio Ferreira, “*assassinar ‘legalmente’ um criminoso é acrescentar a um crime um outro crime – e este decerto maior, porque perpetrado sempre a frio*”.⁵⁰³

Los que defienden su manutención utilizan como argumentos las ideas de la justa retribución, de la prevención general, de la intimidación por el ejemplo aterrador que representa y de la eficaz defensa social, por se constituir en la mejor manera de se evitar que los delincuentes más peligrosos reincidan.

Siguiendo una concepción mixta acerca de la finalidad de la pena, el acto de punir no sólo se caracteriza como “*quia peccatum*”, o sea, para se retribuir el mal del delito con el mal de la pena, pero, fundamentalmente, con el propósito “*ut ne peccetur*”, en el sentido de corregir al delincuente y hacer que otras personas se sientan intimidadas a no incidiren también en la práctica delictiva. Sin embargo, con

⁵⁰² MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 235-236.

⁵⁰³ FERREIRA, Vergílio. Pena de Morte. Um Arcaísmo. In: Pena de Morte, Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal. **Anais**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967. v. II, p. 25.

la pena de muerte se rechaza cualquier finalidad educativa, de enmienda y de readaptación del condenado, se alejando cualquier fin de naturaleza preventiva especial.

En afuera, no hay como dejar de se levantar la hipótesis de que, como el acto de juzgar es humano, sea perfectamente posible que haya fallas. Entonces siempre existirá el peligro de que condene a la muerte un inocente, lo que representa una decisión constitutiva de daño irreparable. Como dice el penalista Manuel López-Rey y Arrojo,

quizá el argumento más serio contra la pena de muerte es la posibilidad del error judicial. El número de errores judiciales es desconocido aunque la historia de la administración de justicia muestra no sólo un número más crecido de lo que suele esperarse y permite conjeturar otros que no han sido oficialmente probados.⁵⁰⁴

Ni siquiera la conocida eficacia preventiva da legitimidad, pues, según Eduardo Garcia Maynez, “no hay pruebas de que ese castigo sea tan intimidante como se cree, ni las tenemos tampoco de que en los países donde se aplica hayan disminuido por ello el número y la frecuencia de los delitos más atroces”.⁵⁰⁵

Se trata, en nuestro pensamiento, de una pena injusta, irreparable, inmoral, aberrante, no graduable y que afecta directamente la dignidad de la persona humana, debiendo ser completamente borrada por ser totalmente incompatible con la cultura y los valores actuales, con el principio de la inviolabilidad de la vida humana, representando, también, un ataque frontal a los principios elementales del Derecho Penal moderno. El respeto a la vida humana debe ser entendido como algo sagrado, partiendo del presupuesto de que ella fue creada por Dios y sólo él tiene el poder de decidir sobre el momento de su cesación. Todo individuo tiene el derecho

⁵⁰⁴ LÓPEZ-REY Y ARROJO, Manuel. La Prevención del Delito y la Pena de Muerte. In: Pena de Muerte, Colóquio Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal. **Anais**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967. v. I. p. 93.

⁵⁰⁵ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Es la Pena de Muerte Eficaz y Justa? In: Pena de Muerte, Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal. **Anais**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967. v. I, p. 82.

que el Estado proteja su vida y su integridad corporal, de modo que, registra el iusfilósofo Luis Recasens Siches, “*la decisión de abolir la pena de muerte constituye un acto inspirado en el más noble sentido humanista*”.⁵⁰⁶

⁵⁰⁶ RECASENS SICHES, Luis. La Pena de Muerte. Grave Problema con Multiples Fecetas. In: Pena de Morte, Colóquio Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal. **Anais**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967. v. II. p. 1.

Capítulo 9

PRINCIPIO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

9 PRINCIPIO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

9.1 NOCIONES INTRODUCTORIAS

El principio de individualización de la pena está contemplado en la Constitución Federal brasileña en su art. 5º, XLVI, al decir que *“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de direitos; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”*.

Se constata que el legislador constituyente, en el presente dispositivo legal, además de indicar las penas admisibles en nuestro país, estableció la regla de que la legislación infraconstitucional debe disciplinar su proceso individualizador. No obstante, no hubo preocupación por parte del legislador en definir lo que exatamente viene a ser ese procedimiento. De ese modo, ante la laguna constitucional, propone Ney Moura Teles que

individualizar significa particularizar, adaptar a pena ao condenado. A cada indivíduo, uma pena. Para particularizar a pena, a lei haverá, evidentemente, de balizar-se em parâmetros que, como não poderia deixar de ser, são o homem que violou a norma e o fato por ele praticado, cada qual, com suas particularidades, suas peculiaridades, suas características próprias, subjetivas e objetivas, que os individualizam.⁵⁰⁷

Observan Jescheck y Weigend que

en las últimas décadas, la Ciencia ha prestado una atención cada vez más intensa a las cuestiones de la individualización de la pena, de modo que hoy ya no puede hablarse de un abandono de este ámbito jurídico. Ante todo, se ha esforzado en su sistematización consiguiendo así modelos

⁵⁰⁷ TELES, Ney Moura, **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1998. v. 1 e 2. p. 61.

excesivamente difereciados del proceso de individualización de la pena que en parte son demasiado complicados para la praxis.⁵⁰⁸

Referido proceso se opera, entonces, en tres fases distintas, que ocurren en momentos sucesivos. Como señalan Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco, “*la determinación de la pena que ha de aplicarse al responsable de una infracción criminal requiere un proceso de concreción que se inicia en la ley y concluye en el momento en que termina la ejecución de la pena impuesta*”.⁵⁰⁹

9.2 FASES DEL PROCESO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

9.2.1 Fase de la Conminación o Legislativa

Inicialmente hay que considerar la *etapa de la conminación* de la sanción atribuible a cada hecho punible en la legislación penal, actividad que compete exclusivamente al legislador, en obediencia a los principios de legalidad y de división de poderes. En el cumplimiento de esa función el legislador debe guiarse por los principios básicos del Derecho Penal, como, por ejemplo, el de fragmentariedad, de intervención mínima, de taxatividad, de lesividad, de exterioridad, de secularización, de culpabilidad y el de proporcionalidad. La cantidad y la calidad de la pena deben estar de acuerdo con el grado de importancia de los bienes jurídicos y con la gravedad del ataque contra ellos perpetrados. A través de ese mecanismo individualizador se tiene un elenco de infracciones penales y sus respectivas penas distribuidos en el ordenamiento jurídico-penal, posibilitando, de ese modo, que la colectividad tenga conocimiento de las acciones que no deben ser hechas, haciendo viable la perspectiva de la eficacia preventiva de las sanciones.

⁵⁰⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 939.

⁵⁰⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja; BASOCO, Juan Terradillos. **Las Consecuencias Jurídicas del Delito**. Madrid: Civitas, 1996. p. 187.

9.2.2 Fase de la Aplicación o Judicial

Sin embargo, como no todas las personas son efectivamente disuadidas del propósito de delinquir, por el mero temor de sufrirlen sanción, perduran, en la sociedad, las manifestaciones de las diversas formas de criminalidad, surgiendo de eso la necesidad de actuación de una nueva etapa de individualización de la pena, de esa vez ejecutada por el juez, que es su *aplicación* al agente infractor, mediante la observancia de las reglas y parámetros legales. La forma de aplicación de la pena varía conforme sea su especie.

9.2.2.1 Aplicación de las penas privativas de libertad

En se tratanto de *pena privativa de libertad*, que en nuestro país se presente en tres especies, o sea, *reclusión* y *detención* para el caso de delitos o delitos y *prisión simple* en caso de faltas, el juez debe seguir los caminos indicados en el art. 68, del Código Penal.

Ese artículo dispone que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

De ese modo, subraya Fernando Capez,

esse é o sistema que deverá ser respeitado pelo juiz ao calcular a pena imposta ao réu na sentença condenatória, em atenção à norma constitucional que obriga a lei a regularizar a individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI). Importante lembrar que, antes de iniciar a aplicação da pena, o juiz deve verificar se existe ou não qualificadora, a fim de saber dentro de quais limites procederá à dosimetria (se o homicídio for simples, a pena será fixada entre um mínimo de 6 e um máximo de 20 anos, mas, se estiver presente a qualificadora, a dosagem dar-se-á entre 12 e 30 anos). Assim, antes de dar início à primeira fase, o juiz deve verificar se o crime é simples ou qualificado.⁵¹⁰

⁵¹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. p. 402.

Se puede ver, entonces, que por la lectura del art. 68, del Código Penal brasileño, la matemática de la pena privativa de libertad debe ocurrir mediante la aplicabilidad de tres operaciones, sintetizadas adelante.

9.2.2.1.1 Cálculo de la pena-base

En primer lugar debe ser calculada la *pena-base* y para tanto se observa las circunstancias judiciales insertadas en el art. 59, del Código Penal, o sea, la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social, la personalidad del agente, los motivos, las circunstancias y consecuencias del delito y, por fin, el comportamiento de la víctima.

Sin embargo, con base en los paradigmas del principio de secularización no podemos aceptar, en el proceso de dosimetría de la pena, juicios valorativos sobre la interioridad del condenado, a partir de la apreciación, por parte del juzgador, de elementos fundamentalmente de connotación moral y circunstancias puramente subjetivas, generadoras de un sistema inquisitivo y antigarantista, violador del postulado del Derecho Penal del hecho. Además de eso, ante la redacción del art. 59, del Código Penal, por los elementos vagos e imprecisos que deben ser objeto de valoración para la fijación de la pena-base, se concluye que el juez posee una altísima y peligrosa carga discrecional.

Referidas evaluaciones afectan la premisa procesalista básica de la refutación de las hipótesis, que constituye desdoblamiento del indisociable principio de la amplia defensa, consagrado en nuestra Magna Carta, en el art. 5º, LV. El sistema procesal acusatório exige que todas las alegaciones suscitadas en juicio por las partes, igual como los fundamentos que puedan basar la sentencia del juez, deben ser susceptibles de comprobación fáctica, bajo pena de se inviabilizar el derecho de se refutar las materias sostenidas y, con consecuencia, generar la nulidad de la decisión judicial por absoluta ausencia de la necesaria fundamentación. A partir de esa perspectiva, enseña, acertadamente, Salo de Carvalho que “*o critério personalidade, presente no corpo do art. 59 do CP, não obstante ser, dado a sua*

natureza, controverso, não apresenta, desde o modelo acusatório, possibilidades de verificabilidade processual pelo magistrado e pelas partes".⁵¹¹

Se puede imaginar la sensación desagradable que un juez debe sentir al tener que hacer un juicio valorativo de algo que es extraño para él, que jamás formó parte de sus investigaciones científicas o incluso de lecturas sin pretensiones. Pues, a pesar de eso, tiene que enfrentarse a ese obstáculo. Investigar la personalidad de otro, cuando tampoco se conoce con exactitud la suya, para atribuirle números representativos de la cantidad de días, meses y años que irá privar de la libertad al condenado. ¿Cuál será el sentido psiquiátrico o psicológico que el juez atribuye al concepto de personalidad en el momento que está calculando la pena? ¿Será que ese concepto se mantiene el mismo por toda su carrera de magistrado? ¿Será que en el instante en que está evaluando la personalidad de los delincuentes no utiliza como modelo ideal su propia personalidad?

Cabe subrayar que la obligación de fundamentar la decisión judicial constituye una imposición constitucional (art. 93, IX, de la CF), de modo que el juez debe mencionar expresamente cual fue la sistemática conceptual que utilizó para evaluar la personalidad del agente infractor, bajo pena de se declarar nula la sentencia. Ante a eso, entendemos como inaceptable la práctica frecuente de los jueces criminales, en sus sentencias, hacer sólo breves referencias a personalidad, con un sentido meramente de rotular, como, por ejemplo, las tradicionales manifestaciones de personalidades "malas", "buenas", "agradables", "agresivas", "ajustadas" "desajustadas", sin cualquier sustentáculo científico que pueda darles respaldo.

A partir de su experiencia como desembargador del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul, José Antônio Paganella Boschi afirma que los magistrados, no raro, en la consideración de la personalidad, restringen el ámbito de investigación al temperamento o al carácter del acusado, sin el cuidado técnico de

⁵¹¹ CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 46.

bucear en el estudio de su historia personal y familiar, o sea, de las grandes etapas en que se organiza y evoluciona su individualidad.⁵¹²

Pero, para Salo de Carvalho, en la misma línea de razonamiento, el punto neurálgico de esa cuestión no está en la circunstancia de que el juez no posee condiciones técnicas suficientes para realizar de forma adecuada y justa referido análisis. Según él, bajo el enfoque del principio de secularización, *“mesmo ‘se’ fosse o magistrado apto à realizar tal tarefa, o juízo sobre a personalidade do sujeito seria ilegítimo, visto estar assentado em valoração estritamente moral sobre o ‘ser’ do acusado”*.⁵¹³

Con eso abogamos por la tesis de que, en la busca de un Derecho Penal más garantista, estribado en la reprochabilidad del hecho y respetador de la dignidad humana, se deba, *de lege ferenda*, suprimir del análisis judicial las particularidades referentes a la conducta social y a la personalidad del condenado, para el cálculo de la pena-base. Pero mientras esto no ocurre, y es posible que jamás ocurra por la notoria oposición a la aceptación de las directrices secularizadoras del Derecho Penal moderno por parte de los reformadores, que se reconozca, por lo menos, en la actividad jurisdiccional, que referidas circunstancias sean consideradas solamente para proporcionar un tratamiento penal más benigno al condenado. Tal posición ya viene se afirmando en la respetada y progresiva 6ª Cámara Criminal del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul.⁵¹⁴

Otra objeción que tenemos con relación a los criterios de evaluación para el cálculo de la pena-base es sobre la interpretación demasiado extensiva que parte de la doctrina y de la jurisprudencia hacen sobre el entendimiento acerca de lo que debe ser apreciado y aceptado como antecedentes del condenado. Para Ricardo Antunes Andreucci los *“antecedentes são fatos da vida pregressa do agente, sejam bons ou maus, como, por exemplo, condenações anteriores, absolvições anteriores,*

⁵¹² BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 206.

⁵¹³ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 51.

⁵¹⁴ Apelação Criminal n. 70001004530 e n. 70001014810.

*inquéritos arquivados, inquéritos em andamento, ações penais extintas ou em andamento, etc.”*⁵¹⁵

Ya no era diferente el posicionamiento del festejado Roberto Lyra, según el cual para el diagnóstico acerca del grado de peligrosidad presente en el agente infractor, “*os processos arquivados ou concluídos com a absolvição, sobretudo por falta de provas, os registros policiais, as infrações disciplinares e fiscais, podem ser elementos de indicação veemente*”.⁵¹⁶

A pesar de la respetable doctrina, osamos discordar. En primer lugar defendemos la tesis de que el hecho del legislador no tener definido, como debería, de forma clara y precisa, el significado jurídico-penal de “antecedentes” del agente, hace con que el art. 59, del Código Penal, estea señalado de inconstitucionalidad, por afrontar el principio de taxatividad, corolario del postulado del “*nullum crimen nulla poena sine lege*”. Con idéntica opinión se encuentra Francisco Bissoli Filho, para quien referida laguna

leva os aplicadores jurídicos a lançarem mão de posturas dogmáticas, revelando o caráter subjetivo, amplo, negativo, relativo, antijurídico e perpétuo desse instituto, possibilitando que circunstâncias totalmente alheias ao fato sejam consideradas em prejuízo do seu autor, o que contraria o princípio da legalidade, segundo o qual, não há crime, nem pena, sem lei anterior, escrita, estrita e certa que os defina.⁵¹⁷

Además de eso, representa una nítida manifestación de la abominable culpabilidad del autor, incompatible con el Derecho Penal moderno.

No obstante, mientras no se declara oficialmente la inconstitucionalidad de ese elemento y su consecuente eliminación del sistema jurídico-penal a causa de los motivos expuestos, reivindicamos, en nombre de una postura garantista del Derecho Penal, respetadora de la dignidad del ser humano, que los operadores del Derecho

⁵¹⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Op. cit., p. 101.

⁵¹⁶ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II. p. 220-221.

⁵¹⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da Criminalização**. Dos Antecedentes à Reincidência Criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 167.

por lo menos hagan una interpretación restrictiva de esa circunstancia, se alejando la valoración negativa y la consecuente elevación de la pena por la mera existencia de procesos judiciales anteriores contra el acusado que han sido objeto de sentencias absolutorias, así como la simple instauración de procesos criminales y de pesquisas policiales contra el agente. En caso contrario, se estaría desrespetando un otro principio fundamental que es el de presunción de inocencia, una vez que, mientras no ocurra el efectivo pasado en juzgado de la sentencia penal condenatoria, siempre habrá la posibilidad de encontrar una causa que pueda alejar la responsabilidad penal del agente, como, por ejemplo, la presencia de una hipótesis de ausencia de conducta, una situación generadora de atipicidad, una excluyente de la ilicitud, una dirimente o, aún, un factor motivador de la extinción de la punibilidad, todas impedientes de aplicación o de continuidad de ejecución de la sanción penal.

Mientras no se reconoce a esos flagrantes incongruentes con la Carta Magna, sugerimos, entonces, que los jueces criminales consideren como malo antecedente del agente solamente la condena por hecho anterior, habiendo sido la sentencia pasado en juzgado después de la práctica de la nueva infracción penal, que está siendo objeto de dosimetría de pena.

Esa interpretación a pesar de no eliminar la objeción de ser una manifiesta caracterización de la llamada culpabilidad del autor, propia de un Derecho Penal autoritario, de ser una posición violadora de los principios de secularización y del “*non bis in idem*”, por lo menos neutraliza los constantes ataques encendidos al principio de presunción de inocencia, siendo, un loable avance dogmático, primer paso para que se pueda sacramentar la necesaria supresión de la verificación judicial de los antecedentes del agente en el momento de calcular su pena. Participando de ese mismo entendimiento está Celso Delmanto, para quien esta propuesta “*em face da garantia constitucional da presunção de inocência, é hoje a única hipótese que pode ser considerada como mau antecedente*”.⁵¹⁸

⁵¹⁸ DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Op. cit., p. 103.

Sin embargo, según la doctrina penal tradicional, si por ventura, en mencionada situación, el pasado en juzgado de la sentencia condenatoria, por cometer ilícito anterior, ocurriese antes de la práctica de nueva infracción penal, el hecho sería apreciado no como ilustrativo de malo antecedente, pero como siendo una circunstancia de naturaleza agravante, la cual sea de la reincidencia, valorada en la segunda operación del cálculo de la pena privativa de libertad, conforme vamos a ver a continuación.

9.2.2.1.2 Cálculo de la pena provisoria

Después del nebuloso y arbitrario proceso de cálculo de la pena-base, el juez debe dirigirse a la cuantificación de la denominada *pena provisoria*, y, para eso, debe considerar las denominadas circunstancias atenuantes y agravantes, previstas en el texto legal, conforme determina el art. 68, del Código Penal brasileño.

El elenco de circunstancias atenuantes forma parte del art. 65, del Código Penal, que presenta la siguiente redacción:

são circunstâncias que sempre atenuam a pena: I- ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II- o desconhecimento da lei; III- ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Además de esas, se tiene, en el art. 66 del Código Penal, las denominadas circunstancias atenuantes innominadas, pudiendo el juez reducir la pena en razón de un factor relevante, anterior o posterior al delito, aunque no previsto expresamente en ley.

Caso interesante de aplicación de circunstancia atenuante innominada ocurrió en decisión proferida por la 5ª Cámara del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul, bajo la coordinación del Relator Desembargador Luiz Gonzaga da Silva Moura, presentando el siguiente sumario:

Penal. Estupro e Atentado violento ao pudor. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Condenação confirmada. Redimensionamento da pena. Atenuante innominada do artigo 66 do Código Penal caracterizada pelo longo e injustificado tempo de tramitação do processo (quase oito anos) associado ao não-cometimento de novos delitos pelo apelante. Hediondez afastada. Provimento parcial. Unânime.⁵¹⁹

Se mostrando entusiasmado con esa avanzada e innovadora posición pretoriana asevera Aury Lopes Júnior que ella representa “*assumir o tempo do processo enquanto pena e que, portanto, deverá ser compensado na pena de prisão ao final aplicada*”.⁵²⁰

En esta misma línea de pensamiento, Enrique Bacigalupo afirma que la lesión jurídica de la dilación indebida del proceso penal

debe ser abonada al acusado en la pena que se le aplique, pues de lo contrario, se vulneraría el principio de culpabilidad, en tanto éste exige una correspondencia proporcional entre el delito cometido y las consecuencias negativas que el mismo tenga para el autor.⁵²¹

En la doctrina alemana Jescheck y Weigend también se inclinan por la adopción del efecto atenuador de la pena en virtud de la extensión excesiva del procedimiento criminal, principalmente se el autor del hecho no haya cometido otro delito en el lapso temporal que separó la práctica de la infracción penal objeto del

⁵¹⁹ Apelação n. 70007100902, j. 17/12/2003.

⁵²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 123.

⁵²¹ BACIGALUPO, Enrique. **Principios Constitucionales de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 174.

proceso y la sentencia, con la reserva, sin embargo, de que el retardo procesal no haya sido provocado por la propia defensa. Apuntan los autores que

si es un órgano estatal el culpable del retraso entonces ello habrá de ser tenido en cuenta adicionalmente por el tribunal de un modo favorable, puesto en este caso también ha sido lesionado el derecho del autor a un juicio rápido reconocido en el art. 6 I EMRK (BVerfG NJW 1993, pág. 3254; BGH 24, 239 [242 ss.]; BGH NSTZ 1988, pág. 552).⁵²²

Cabe subrayar aún sobre tal temática que el art. 8^o, 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), aprobada por el Congreso Nacional, a través del Decreto Legislativo n. 27, de 26 de mayo de 1992 y cuyo cumplimiento fue determinado por el Decreto n. 678, de 6 de noviembre de 1992, introdujo, en el escenario jurídico-procesal brasileño, la cuestión del plazo razonable en los siguientes términos:

toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação formal formulada contra ele, ou para que determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Además de eso, a través de la reciente Enmienda Constitucional n. 45, de 8 de diciembre de 2004, mencionado aspecto fue añadido al art. 5^o, en el inciso LXXVIII, con la siguiente redacción: *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*. Recuerdan, sobre el asunto, Alberto Silva Franco y Maurício Zanóide que *“fala-se, no direito constitucional americano, que todo cidadão tem the right to a speed trial, pondo-se termo, de forma mais rápida possível, à situação de incerteza em que se encontra”*.⁵²³ Se trata, en verdad, de una estipulación que deriva

⁵²² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 967-968.

⁵²³ SILVA FRANCO, Alberto, MAÑAS, Carlos Vico, BETANHO, Luiz Carlos et al. **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1, p. 279.

del propio respeto a la dignidad de la persona humana, también de la prerrogativa de la amplia defensa, en el sentido de que el ciudadano acusado obtenga un pronunciamiento definitivo y célere del Estado acerca de su situación, sin que, de este modo, se viole sus garantías fundamentales. Observa Aury Lopes Júnior que

o primeiro problema é a falta de uma clara definição do prazo máximo de duração do processo penal. Esse é o ponto nevrálgico da questão. Contudo, diante da ausência, a consagração constitucional já representa um avanço democrático: respeitar o tempo-do-outro. A preocupação centra-se agora em acelerar o processo para evitar a ilegítima pena processual decorrente da (de)mora. Mas, ao mesmo tempo, recusar a aceleração utilitarista, fundada na supressão de direitos e garantias fundamentais. A solução está no difícil equilíbrio do ciclista (somente possível no movimento): não correr demais, para não cair; não ir excessivamente devagar, porque senão, igualmente caímos. Esse é o equilíbrio que se busca, através da recusa aos dois extremos.⁵²⁴

Otra hipótesis que puede ser utilizada por el magistrado como embasamiento justificativo para la creación de una circunstancia atenuante de la reprimenda penal está en la precariedad de la capacidad de autodeterminación del agente en virtud de estar insertado en una situación fáctica de desequilibrio social, cultural y económico, que dificultan la adecuación de sus acciones a las pautas comportamentales recomendadas y esperadas por la sociedad y por el Estado. Tales factores sociales, sumados muchas veces al bajo nivel de instrucción de esos sujetos, no pueden ser despreciados en el instante de la medición de la pena por parte del juez criminal, haciendo con que, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, se haga necesario un ablandamiento en el grado de culpabilidad, es decir, un enternecimiento en la carga de reprobación que recae sobre ellos, por la práctica de una infracción penal. En esa línea de razonamiento, no se justifica, bajo el punto de vista del principio de igualdad sustancial, la formación de un juicio de censura penal paritario, con la misma intensidad, para individuos que estan en posiciones de aguda penuria y otros que estan en estamentos socioeconómicos más privilegiados. Sobre el tema, aduce Zaffaroni que

⁵²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. A (de)mora jurisdiccional e o direito de ser julgado em um prazo razoável no processo penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 13, n. 152, p. 5, 2005.

reconocido, pues, que el orden sostenido por el derecho no da a todos las mismas posibilidades de realización, es lógico que le exija más a quien más posibilidades le ha dado y que cargue con su parte respecto de aquél a quien menos posibilidades ha dado, cargando aquí la sociedad con la parte de culpabilidad que le corresponde, por lo que se ha llamado a este fenómeno “co-culpabilidad”, planteada a veces como problema de responsabilidad moral.⁵²⁵

Subraya, aún, Zaffaroni que parece que el origen de la denominada co-culpabilidad está asociada al pensamiento del revolucionario francés Jean Paul Marat (1743–1792), especialmente en su escrito “*Plan de législation criminelle*” (publicado en Neuchâtel en el año 1780), cuando desarrolló el análisis crítico, de matiz socialista, de la teoría talionar de la pena concebida por Kant. Según Marat la pena debe ostentar el carácter retributivo, desde que el Estado presente una estructura social y jurídica justa y equilibrada. Incluso afirma Marat que algunos sujetos no deberían ser penados por las violaciones normativas en caso de encontrarse en una situación social de indigencia económica y de abandono por parte de la colectividad y del Estado. Recuerda Rivacoba y Rivacoba, al hacer un estudio sobre la biografía de Marat, que

el talante revolucionario de éste, en lo estrictamente penal, se echa perfectamente de ver en su rotunda afirmación de la absoluta igualdad de todos los individuos ante las leyes criminales, sin tomar para nada en cuenta a tales efectos el estrato social a que pertenezca el delincuente. En lo procesal tampoco dejan de encontrarse aserciones que lo confirman, como las de la independencia de los tribunales, la publicidad de los juicios, la presunción de inocencia, que cada cual debe ser juzgado por sus conciudadanos, que no deben existir los asilos, que la jurisdicción ha de ser única en cada Estado, etc.⁵²⁶

De ese modo, basándose en la teoría de la co-culpabilidad, los factores sociales en que el agente infractor está inmerso, desde que configuren situaciones de desequilibrio y de desamparo en su formación personal y que estén asociados a las negligencias del poder público en ofrecer instrumentos que vengan a

⁵²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 1982. Parte General. Tomo IV. p. 66.

⁵²⁶ RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. Jean-Paul Marat: Plan de législation criminelle. **Doctrina Penal**. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, año 1, n. 1-4, p. 245, 1978.

proporcionar el perfeccionamiento de sus potencialidades, deben ser atraídos para el análisis de la aplicación judicial de las sanciones penales. Sobre el tema, destaca Salo de Carvalho

que a tradição penal latino-americana é rica no que diz respeito a normatização do princípio da co-culpabilidade como circunstância atenuante. O Código Penal colombiano, em seu art. 64, determina a atenuação da pena em face da indigência. O mesmo ocorre na Argentina (art. 41), quanto a maior ou menor dificuldade do autor para prover seus sustento ou de familiares; na Bolívia (art. 38), quando trata da situação econômica e social do réu; no Equador (art. 29), no momento em que refere a indigência, família numerosa e a falta de trabalho do imputado; no México (art. 52) e Peru (art. 51), há enumeração das condições econômicas do agente; no Paraguai (art. 30), vincula-se a conduta do indivíduo ao seu estado de miserabilidade. Nestas situações, costuma-se dizer que há uma co-culpabilidade com a qual a própria sociedade deve arcar.⁵²⁷

En el sistema jurídico-penal brasileño se encuentran formas de manifestación del principio de la co-culpabilidad cuando el Código Pena fija, en el art. 60, *caput* y párrafo 1º, como uno de los factores a ser apreciados por el juez para la aplicación de la pena de multa la situación económica del agente infractor. Sin embargo, referido procedimiento puede perfectamente ser ampliado para la incidencia de las demás sanciones penales, especialmente la pena privativa de libertad, debiendo la posición económica del condenado, y el espectro pertinente a su formación intelectual, ser operados como circunstancias atenuantes innominadas (art. 66, del Código Penal), recibiendo, de este modo, el principio de la co-culpabilidad. Advierte Salo de Carvalho que, antes de todo,

tais circunstâncias são plenamente constatáveis empiricamente no processo, deixando de ser um juízo sobre o 'ser' do sujeito, tendo em vista representarem um dado fático (objetivo) na relação autor-delito, ou seja, não se trata, de forma alguma, de uma revificação de um modelo penal do autor, mas de uma otimização do direito penal do fato pois a análise é centrada na graduação do livre-arbítrio – capacidade de conhecimento e exigibilidade de conduta.⁵²⁸

⁵²⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 64.

⁵²⁸ Idem, p. 66.

Con eso el autor propone que se deba dilatar para las demás infracciones penales, sea con base en el art. 66, del Código Penal, o con base en la técnica de la analogía “*in bonam partem*”, el empleo de la regla del art. 14, inciso I, de la Ley 9605/98, que, en caso de delitos contra el medio ambiente, determina que se clasifique como circunstancia atenuante el bajo grado de instrucción o escolaridad del agente. Admitiendo también la utilización plena del principio de co-culpabilidad en el sistema punitivo brasileño, afirma Douglas Camargo de Castro que

aos sujeitos com menor âmbito de autodeterminação, condicionado assim por causas sociais, caso venham a perpetrar um delito e se ao final de uma instrução processual penal vierem a ser condenados, quando da fixação da pena, no momento oportuno, respeitando-se o sistema trifásico de aplicação da reprimenda, devem fazer jus à circunstância atenuante inominada inserta no art. 66 do Diploma Penal, já que faz parte da ordem jurídica atual de todo Estado Social de Direito, o reconhecimento de direitos econômicos e sociais.⁵²⁹

Ya para el penalista argentino Alberto Binder esas condiciones generales o estructurales de naturaleza económica, social y cultural que fueron generadas por el Estado o por la sociedad en su conjunto y que contribuyen de forma relevante para el incremento de la criminalidad, que el autor denomina de “principio de co-responsabilidad social”, deben ser observadas no sólo como factores determinantes en la aplicación y graduación de la pena, como, también, en algunos casos, como fundamentadores de la exclusión de la ilicitud. Destaca Binder que

no puede existir responsabilidad personal cuando la sociedad o el Estado han construido condiciones generales de vida que se convierten en condicionantes tan fuertes respecto de una persona que su ejercicio de libertad (es decir, su capacidad de superar esos condicionantes) queda en los hechos prácticamente abolida o sometida a esfuerzos que esa persona en concreto es extremadamente difícil que pueda realizar.⁵³⁰

⁵²⁹ CASTRO, Douglas Camargo de. A aplicação da circunstância atenuante inominada em razão da teoria da co-culpabilidade. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 13, n. 151, p. 18, 2005.

⁵³⁰ BINDER, Alberto M. **Introducción al Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 277-278.

Sobre las circunstancias agravantes, que también deben ser observadas por el juez en esa segunda operación, constan en el art. 61, del Código Penal, “*in verbis*”:

são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I- a reincidência; II- ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com o emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica (redação determinada pela Lei 11.340, de 07/08/06); g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.

Cuando la infracción penal haya sido cometida mediante concurso de personas, o sea, a través de coautoría o participación, es necesario que el magistrado verifique algunas agravantes específicas, reguladas en el art. 62, que dispone:

a pena será ainda agravada em relação ao agente que: I- promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II- coage ou induz outrem à execução material do crime; III- instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV- executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Es perfectamente posible que en el cálculo de la pena provisoria el juzgador se quede ante la presencia simultánea de circunstancias agravantes y de circunstancias atenuantes, debiendo, en tal situación, utilizar la solución propuesta por el art. 67, del Código Penal que enuncia: “*no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência*”. Se nota que

el legislador optó por dar un carácter de prevalencia a las circunstancias de connotación subjetiva, dejando en segundo plano las circunstancias objetivas, aunque la jurisprudencia mayoritaria tenga afirmado la posición de que la circunstancia más importante de todas, sea la de menor edad, o sea, el hecho del autor del delito ser menor de veintiuno años en el instante en que dio inicio a los actos ejecutorios de la infracción penal.

Llama la atención Victor Eduardo Rios Gonçalves que “da mesma forma que ocorre com as circunstâncias do art. 59, não pode o juiz, ao reconhecer agravante ou atenuante genérica, fixar a pena acima ou abaixo do mínimo legal”.⁵³¹ En otras palabras, según entendimiento doctrinal y jurisprudencial dominantes, el juez no puede fijar una pena abajo del mínimo y tampoco superior al máximo conminados en el tipo penal incriminatorio al calcular la pena-base y la pena provisoria. En igual sentido, pondera Guilherme de Souza Nucci que

quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador.⁵³²

Sobre el tema, en 22/09/1999, el Superior Tribunal de Justicia editó la Súmula 231, en los siguientes términos: *“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”*.

En posición contraria, hay aquellos que sostienen que considerando la adopción expresa, en el art. 68, del Código Penal, con redacción determinada por la reforma de la Parte General de 1984 (Ley 7209/84), del sistema trifásico de medición de la pena, no se debe más restringir las atenuantes y agravantes a los límites del tipo penal incriminatorio. Los arts. 68 y 59, del Código Penal, enfatizan que solamente en el cálculo de la pena-base es que el juez está compelido a establecer

⁵³¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999. Parte Geral. p. 127.

⁵³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 354.

una cantidad de pena “dentro de los límites previstos”. Ante a eso, resalta Inácio de Carvalho Neto que

não há razão lógica para que as demais fases da aplicação da pena também fiquem adstritas a tais limites. Ninguém nega que, na terceira fase (consideração das causas de aumento ou diminuição), seja possível ultrapassar tais limites; por que então não se poderia ultrapassá-los na segunda fase? Há mais um argumento: sendo a pena-base fixada no mínimo legal e acolhendo-se o argumento majoritário de respeito aos limites do tipo, ter-se-ia que a existência de circunstâncias atenuantes, ainda que várias, ficaria desconsiderada, o que implicaria evidente negativa do disposto no art. 65 do Código Penal, que determina que tais circunstâncias sempre atenuam a pena. O mesmo se diga se a pena-base fosse fixada no máximo legal, havendo agravantes, quando então se estaria negando vigência ao art. 61 do estatuto repressivo, que estabelece circunstâncias que sempre agravam a pena. Vemos, portanto, não haver logicidade no argumento daqueles que entendem não ser possível, na segunda fase, ser a pena fixada acima do máximo legal ou abaixo do mínimo. Tal entendimento é baseado na legislação revogada, que, neste passo, foi reformada em 1984.⁵³³

Haciendo un análisis crítico de los procedimientos previstos para el cálculo de la pena provisoria, también encontramos algunas operaciones que juzgamos impropias. De pronto se puede ver que en el vasto elenco de circunstancias agravantes insertadas en el art. 61, del Código Penal, algunas presentan un contenido un poco vago, abriendo brechas a un fuerte carácter discrecional del juzgador sobre la valoración de esos elementos. Por ejemplo, ¿Lo qué se debe entender por enfermo (art. 61, II, “h”, del Código Penal)? Además de eso el legislador recurrió en algunos casos al empleo de “cláusulas genéricas”, que enflaquecen el postulado de la necesaria precisión legal, pues proporciona la utilización de la interpretación analógica, como, por ejemplo, en el caso del art. 61, II, “c”, del CP, cuando después de indicar que la traición, la emboscada y la disimulación agravan la pena, no satisfecho, concedió amplia libertad al juez al admitir, también como circunstancia agravante, cualquier “otro recurso que dificultó o hizo imposible la defensa del ofendido”. Preguntamos: ¿Qué recursos son estos? Igual sistemática tipológica abierta se encuentra en la parte final del art. 61, II, “d”, del CP, cuando se insertó como agravante, además del veneno, fuego, explosivo y

⁵³³ CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro, 2003. p. 124-125.

tortura, también cualquier “otro medio insidioso o cruel, o de que pueda resultar peligro común”. ¿Qué medios insidiosos o crueles son estos?

Estamos de acuerdo con la idea de que mencionados tipos penales atentan contra el principio de taxatividad o de determinación, porque cabería, bajo el punto de vista constitucional, exclusivamente al legislador aclarar, de forma limpia y precisa, referidas nociones y no dejar al entero talante del juzgador la apreciación de esos elementos, o sea, de se quedaren restringidos a su impresión y sentimentalismo, condicionados a su concepción jurídica y visión del mundo, pudiendo traer, de este modo, dependiendo de las circunstancias, grandes perjuicios al agente infractor.

Se nota, también, la absoluta falta de reglamentación normativa acerca de como deben ser valoradas las circunstancias atenuantes y agravantes. ¿Hasta cuándo el juez podrá elevar la pena caso estean presente en el hecho *sub judice* dos o tres agravantes? ¿Cuánto podrá ablandar en la eventualidad de existir varias atenuantes? ¿Es posible el juez fijar, en esa segunda operación, una pena abajo del mínimo o superior al máximo conminado en el tipo penal disciplinatorio del hecho objeto del enjuiciamiento? Pues, la falta de criterios legales orientadores del balizamiento de la dosis de la pena también reina en la primera operación, en el cálculo de la pena-base. Además de contener circunstancias de valoración puramente subjetiva por parte del juzgador e irrefutables en el proceso penal, se deja a su entero albedrío la definición acerca de la cuantificación del tiempo de privación de libertad que se va a imponer al condenado. Todas esas normatizaciones vagas generan una fragilización en el proceso individualizador de la pena y en el postulado de legalidad, contextualizados en un Derecho Penal garantista y minimalista.

Insurreccionamos, también, con la inclusión de la reincidencia como circunstancia agravante de pena (art. 61, I, del Código Penal). Ella está definida legalmente en el art. 63, del Código Penal, en los siguientes términos: “*verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*”. A su vez, el art. 7º, de la Ley de Contravenciones Penales (Decreto-Ley 3688/41),

añade, aún, que “*verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção*”.

Registra el Ministro del Superior Tribunal de Justicia, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que “nunca é demais acentuar que ela somente ocorre se o segundo fato é posterior ao trânsito em julgado da sentença relativa ao fato anterior. Se o segundo fato é um crime e este está sendo objeto de julgamento, haverá a reincidência se a condenação anterior for por outro crime; se a infração em julgamento é uma contravenção, haverá reincidência se o fato anterior for uma contravenção ou um crime”.⁵³⁴

La reincidencia además de representar un agravante, genera una serie de secuelas más drásticas al condenado, siendo un factor obstaculizador o que dificulta la obtención de algunos beneficios jurídico-penales. Por ejemplo: caso un sujeto haya sido condenado por la práctica de una infracción penal a una pena privativa de libertad, pero sea reincidente en delito doloso, teniendo referida circunstancia emergido de la práctica del mismo delito, siendo, por lo tanto, una “reincidencia específica” quedará él impedido de obtener pena restrictiva de derechos, sustitutiva de la cárcel (art. 44, II y §3º, del Código Penal); no se permite la concesión de suspensión condicional de la pena (*sursis*), caso el condenado sea reincidente en delito doloso (art. 77, I, del Código Penal); hace que el condenado tenga que cumplir más de la mitad de la pena para obtener la libertad condicional, en caso de reincidencia basada en la comisión de un delito doloso (art. 83, II, del Código Penal); no se permite la concesión de fianza para autores de delitos dolosos penados con pena privativa de libertad (art. 323, III, del Código del Proceso Penal); no se permite que el reo interponga el recurso de apelación en libertad (art. 594, del Código del Proceso Penal), etc.

⁵³⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aplicação da Pena. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, Ano 1, n. 3, p. 43, 2000.

Sobre los fundamentos que vengan a justificar el tratamiento de la reincidencia como circunstancia agravante de pena y podadora de beneficios penales, registran Zaffaroni, Alagia y Slokar que

desde el siglo XVIII hasta el presente se han ensayado múltiples explicaciones, aunque ninguna de ellas es satisfactoria y, en general, ninguna logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo se habilitaría en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que importaría una violación al *non bis in idem* o, si se prefiere, a la prohibición de doble punición. Luego, la idea tradicional de reincidencia como invariable e ineludible causa de habilitación de mayor poder punitivo es inconstitucional.⁵³⁵

En la perspectiva del Positivismo la elevación del *quantum* de la pena se justifica por la presencia de mayor peligrosidad en el individuo infractor, que caso no sea concreta es, por lo menos, presunta; en los moldes del Sistema Clásico Dogmático, con la teoría psicológica de la culpabilidad, en que esta es entendida como un eslabón subjetivo que vincula el autor al hecho típico e ilícito, se defendió la idea de que la reincidencia representaba una decisión de voluntad más intensa direccionada al cometimiento de la infracción penal; de acuerdo con la teoría normativa de la culpabilidad, la agravación de la pena por la reincidencia se asienta en la constatación de que la condena anterior se mostró insuficiente para reforzar los mecanismos de contra-motivación del autor, habiendo, por eso, la necesidad de que se le atribuya una pena más enérgica por la práctica del segundo delito; en el campo de las construcciones dogmáticas caracterizadoras de la culpabilidad del autor, donde se censura la personalidad, el carácter o la forma que el agente conduce su vida, el aumento de la pena se justifica cuando un sujeto comete un delito, siendo que anteriormente ya había sido condenado por otro, porque el análisis de su culpabilidad se centraliza no en la desaprobación de lo que hizo, pero sí en lo que es, se reprobando, de ese modo, sus características personales.

Sin embargo, todas esas teorías no lograron alejar las críticas, suscitadas por una parcela de adoctrinadores, contra la reincidencia funcionando como circunstancia agravante de la pena, especialmente con relación al hecho de ella

⁵³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; SOLKAR, Alejandro. Op. cit., p. 1009.

representar una violación del principio de “*non bis in idem*”, o sea, la constatación de que el fundamento de aplicar una pena más elevada al agente en la condena por el segundo delito es una consecuencia del primer ilícito penal cometido por él, por el cual había sido juzgado y recibido la respectiva sanción penal como respuesta. De modo que, su reconocimiento, representaría un ilegítimo *plus* del poder punitivo, una manifestación de desrespeto a la prohibición de la doble punición por la práctica del mismo acto ilícito y, además, se estaría, enfatiza Aramis Nassif, aplicando “*para a mesma doença o remédio que não curou*”.⁵³⁶

Registran Zaffaroni y Pierangeli que,

em face da objeção centenária, de que a reincidência afeta o princípio non bis in idem, e, por consequência, a coisa julgada, elaborou-se uma única teoria, que pretende elidir esta consequência. Assim Armin Kaufmann sustentou que ao realizar o segundo delito viola-se duas normas: a do segundo tipo (“não furtarás” por exemplo), e a que, partindo do primeiro delito, proíbe cometer um segundo. De acordo com essa teoria, cada tipo teria duas normas: uma específica, tutelar do bem jurídico de que se trata, e, outra, genérica, referida à proibição de um futuro delito. Admitindo isso, resulta claro que cada tipo teria dois bens jurídicos e a reincidência estaria ofendendo a um bem jurídico diferente daquele que afeta o segundo delito.⁵³⁷

Sin embargo, a pesar de los vigilantes subsidios dogmáticos en ella inculcados, esa tesis no convenció a los opositores de la reincidencia, principalmente por la dificultad de se aceptar la formación de la categoría de la tipicidad conteniendo una duplicidad de bienes jurídicos, uno perfectamente caracterizado por ser el objeto jurídico directamente alcanzado por la práctica del ilícito penal, pero el otro indefinido, se presentando como una figura abstracta y vaga. Para Zaffaroni y Pierangeli ese otro bien jurídico desconocido

não pode ser outro que o geral sentimento de segurança jurídica, mas, o geral sentimento de segurança jurídica provém da efetiva segurança jurídica

⁵³⁶ NASSIF, Aramis. Reincidência: Necessidade de um Novo Paradigma. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, Ano 1, n. 4, p. 115, 2001.

⁵³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p. 843.

de todos os bens jurídicos, que não é nenhum bem jurídico independente e nem concreto, mas a somatória de todos os bens jurídicos.⁵³⁸

En cambio, entendemos que, por respeto a los principios primordiales del Derecho Penal, no se debe hacer una valoración de carácter negativo basándose en el hecho ilícito anteriormente cometido, aumentando, bajo el aspecto cuantitativo o calitativo, la carga de sanción penal del nuevo delito, sea por malo antecedente, o por reincidente. Representan, ambas figuras, una sistemática totalmente antiguarantista, que sirve para caracterizar el nefasto Derecho Penal del autor y, por lo tanto, violar un "*ius puniendi*" inspirado en los paradigmas iluministas de la secularización y de la tolerancia, generando, de ese modo, un proceso irracional de estigmatización del delincuente. En verdad, cuando el magistrado agrava la pena considerando la reincidencia está fundamentalmente cambiando, de forma más gravosa, la sanción penal del delito anterior, afectando, de este modo, el principio de cosa juzgada (art. 5º, XXXVI, de la Constitución Federal). Por eso, somos partidarios de una modificación radical en los engranajes del proceso de individualización de la pena, de modo que se retire de forma absoluta de la evaluación judicial acerca de la dosimetría de la pena las circunstancias de la reincidencia y de los antecedentes, actuando como formas impositivas de un tratamiento penal más riguroso al condenado.

Hay autores que defienden la tesis de la manutención de la reincidencia como objeto de evaluación en el cálculo de la pena, pero con una alteración sustancial, funcionando no más como circunstancia agravante, pero, sí, como atenuante, desde que el nuevo delito haya sido cometido después del efectivo cumplimiento de la pena privativa de libertad por la práctica de la infracción anterior. Dicha posición está embasada en la concepción de los comprobados efectos deformadores y de embrutecimiento que la prisión genera en los individuos que la reciben. Según Juarez Cirino dos Santos, fiel partidario de la tesis,

se os efeitos criminógenos da prisão são reconhecidos, então a ineficácia da prevenção especial reduz a execução penal ao terror retributivo. E a

⁵³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro...**, p. 844.

questão é esta: se a pena criminal não tem eficácia preventiva – mas, ao contrário, possui eficácia invertida pela ação criminógena exercida –, então a reincidência criminal não pode constituir circunstância agravante.⁵³⁹

Sin embargo, aboga el respetado penalista brasileño solución diversa para la hipótesis de el nuevo delito haber sido cometido sin que el agente haya cumplido efectivamente la pena privativa de libertad en consecuencia de la condena por la práctica de delito precedente, proponiendo, en ese caso, la desconsideración de la reincidencia en la mensuración de la sanción penal, pues, aquí, “*o processo de dessocialização, com indução à reincidência, inerente à “terapêutica carcerária”, não produziu efeitos desagregadores*”.⁵⁴⁰ Igual solución debe darse, según el autor, en el caso de que en la condena anterior se hubiera impuesto la pena de multa.

En otro sentido, en el Derecho Penal español, Enrique Bacigalupo presenta una alternativa para la cuestión en debate, que ha sido respaldada en algunas decisiones judiciales (SSTS de 6/04/90; 5/10/90; 26/10/90; 22/04/91 y 6/05/91), sosteniendo que no cabe la agravación automática de la pena simplemente cuando estuvieren presentes los presupuestos legales configuradores de la reincidencia (art. 28, 8^a, del Código Penal), debiéndose verificar, preliminarmente, si el resultado de la elevación de la carga sancionatoria no rebasa la gravedad de la culpabilidad del agente infractor. De ese modo, observa Bacigalupo,

si el autor formalmente reincidente ha obrado en el nuevo delito con una motivación muy poco reprochable y en circunstancias que disminuyen la exigibilidad del comportamiento adecuado a derecho, la culpabilidad será menor y puede excluir el efecto agravante de la reincidencia.⁵⁴¹

Se trata de una propuesta con el objetivo de solamente mitigar las consecuencias jurídicas de la reincidencia mientras no se acepta su alejamiento definitivo en el análisis del cálculo de la pena. Eso porque Bacigalupo concibe la

⁵³⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 245.

⁵⁴⁰ Idem, *ibidem*.

⁵⁴¹ BACIGALUPO, Enrique. **Hacia el nuevo Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 412.

reincidencia como hipótesis violadora del principio de *non bis in idem*, considerando que a través de ella, “*el hecho posterior se castiga nuevamente una culpabilidad ya extinguida por la pena sufrida (!) o se castiga lo que el propio Tribunal Constitucional considera incompatible con la Constitución: la personalidad (peligrosa) del autor*”.⁵⁴²

9.2.2.1.3 Cálculo de la pena definitiva

La etapa decisiva en el proceso judicial de individualización de la pena privativa de libertad, siempre siguiendo el procedimiento descrito en el art. 68, del Código Penal brasileño, es el cálculo de la *pena definitiva*. En esa fase el juez debe proceder en el análisis de las causas de aumento (mayorantes) y de las causas de disminución (minorantes) que están dispersas en las Partes General y Especial del Código Penal, así como en la legislación extravagante y que varían conforme sea la modalidad delictiva cometida por el agente. Cabe destacar que sobre las mayorante y las minorantes, al contrario de las circunstancias agravantes y de las atenuantes, la ley fija el *quantum* que el juez podrá aumentar o disminuir la pena, proporcionando, de ese modo, una cierta margen de previsibilidad cuanto al resultado final y de mayor respeto al principio de la garantía penal.

Sin embargo, en algunas hipótesis de mayorantes y de minorantes el legislador pecó por la indeterminación de sus contenidos normativos, dejando a cargo del juzgador una amplia libertad de interpretación.

Es lo que pasa, por ejemplo, con relación al delito de hurto. En el art. 155, párrafo primero, del Código Penal, el legislador determinó un aumento de un tercio de la pena, en la eventualidad del hurto haber sido cometido “durante el reposo nocturno”. Preguntamos: ¿Qué se entiende por reposo nocturno? ¿A qué hora comienza y termina? ¿Será que podemos tener el mismo concepto de horario de reposo nocturno en todas las ciudades de nuestro país? Ya en el art. 155, párrafo segundo, del Código Penal, se estableció que, en el caso de hurto, si el criminal es

⁵⁴² BACIGALUPO, Enrique. **Hacia el nuevo Derecho Penal**, p. 411.

primario y es de “pequeño valor la cosa hurtada”, el juez puede sustituir la pena de reclusión por la detención, disminuirla de uno a dos tercios o aplicar solamente la pena de multa. Nuevamente estamos ante la impresión del tipo penal, considerando que la norma no aclara lo que se debe entender por “cosa de pequeño valor”, dejando, otra vez, de forma incorrecta, esa tarea, exclusivamente al criterio del juzgador. En mencionados ejemplos y en tantos otros atinentes al análisis de las causas de aumento y de disminución de la pena, despuntan violaciones al principio de legalidad.

9.2.2.2 Aplicación de las penas restrictivas de derechos

Vamos ahora para una breve presentación del proceso de individualización de las *penas restrictivas de derechos* que actúan como mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad, o sea, la reclusión, la detención y la prisión simple. Las penas restrictivas de derechos, también conocidas como penas alternativas, están indicadas en el art. 43, del Código Penal brasileño, con redacción determinada por la Ley 9714/98, presentando las siguientes especies: prestación pecuniaria, pérdida de bienes y valores, prestación de servicios a la comunidad o entidades públicas, la interdicción temporal de derechos y la limitación de fines de semana. Estas penas son autónomas y, como afirmamos, sustituyen la pena de prisión, una vez cumplidos los requisitos legales.

En el caso de delito doloso el juez podrá concederlas al agente infractor desde que no haya aplicado pena privativa de libertad superior a cuatro años y el delito no haya sido cometido mediante violencia o grave amenaza a la persona; que el reo no sea reincidente en delito doloso y que la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del condenado, así como los motivos y las circunstancias indicaren que esa sustitución sea suficiente (art. 44, I, II y III, del Código Penal).

En tratándose de delito culposo el condenado puede ser beneficiado por las penas alternativas independientemente de la cantidad de pena privativa de libertad que fue aplicada por el juez. Sin embargo, conforme dispone la legislación, hay

necesidad de que no sea reincidente en delito doloso y que su culpabilidad, sus antecedentes, su conducta social, los motivos y las circunstancias del delito indicaren que él sea merecedor del recibimiento de la sustitución (art. 44, I, II y III, del Código Penal).

Después de la verificación de los presupuestos legales, el juez debe observar el art. 44, párrafo segundo, del Código Penal, que dispone que *“na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos”*. Sobre el plazo de cumplimiento de las penas restrictivas de derechos, ellas tendrán igual duración que la pena privativa de libertad sustituida (art. 55, del Código Penal).

Se nota que también en el proceso de individualización de las penas restrictivas de derechos la ley determina que sea objeto de valoración por parte del juzgador la reincidencia, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del agente, sistemática con la cual nos sublevamos, por los fundamentos ya expuestos, por ser ilustraciones de un Derecho Penal arbitrario, antigarantista y una manifestación de la culpabilidad del autor.

Interesante es que en la individualización de las penas alternativas el legislador estableció, en el párrafo tercero del art. 44, que *“se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face da condenação anterior a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”*. De pronto se puede ver el amplio carácter discrecional otorgado al juez en el análisis de la reincidencia, una vez que cabe a él definir, como quiera, los criterios acerca del entendimiento de cuanto la sustitución de la prisión por pena alternativa es una medida “socialmente recomendable”, haciéndose, de ese modo, en nuestro pensamiento, una decisión puramente subjetiva y, consecuentemente irrefutable en el proceso penal. Hay que llamar la atención acerca de la amplia actuación de la reincidencia, sobre todo la de infracciones dolosas, sobre la apreciación jurídica de un mismo hecho, constituyéndose en un instrumento extremadamente perjudicial para el condenado,

pues, en un primer momento, funciona como circunstancia agravante de la pena privativa de libertad; después impide el juez de conceder pena alternativa; y, por último, es observada para vedar la suspensión condicional de la pena de prisión (*sursis*).

9.2.2.3 Aplicación de la pena de multa

Por fin, hay que comentar el proceso individualizador acerca de la tercera especie de pena contemplada en el Código Penal brasileño, que es la pena de *multa*, caracterizándose, enseña Luis Gracia Martín, por ser “*una pena patrimonial, de carácter pecuniario, que consiste en el pago de una cantidad de dinero*”.⁵⁴³

En Brasil se adopta para el cálculo de esa pena el sistema de días-multa, cuyo origen en nuestra legislación se encuentra en el Código Criminal de 1830, y que consiste, según Luiz Régis Prado,

em determinar a pena de multa não por uma soma em dinheiro (quantidade fixa), como no sistema tradicional, mas por um número de unidades artificiais (dias-multa), segundo a gravidade da infração. Cada dia-multa equivalerá a um certo valor pecuniário (importância em dinheiro), variável de acordo com a situação econômica do condenado.⁵⁴⁴

De ese modo, debe el juez hacer dos operaciones sucesivas. Inicialmente calcular la *cantidad de días-multa* y, para eso, tiene que observar el art. 49, del Código Penal, que enuncia: “*a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa*”.

⁵⁴³ GRACIA MARTÍN, Luis, PASAMAR, Miguel Ángel Boldova; DOBÓN, M. Carmen Alastuey. Op. cit., p. 143.

⁵⁴⁴ RÉGIS PRADO, Luiz. **Pena de Multa**. Aspectos Históricos e Dogmáticos. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p. 59.

Después de eso, debe el juzgador calcular el *valor de cada día-multa*, que no puede ser inferior a un trigésimo del mayor sueldo mínimo en vigor al tiempo del hecho, tampoco superior a cinco veces ese sueldo (art. 49, §1º, del Código Penal).

Luego, debe multiplicar el número de días-multa por el valor de cada día-multa obteniendo, de ese modo, el numerario que el condenado debe pagar al fondo penitenciario.

Sin embargo, es posible que ocurra una tercera operación, ya que el art. 60, párrafo primero, del Código Penal, enuncia que “a multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo”.

Pero, aquí también estamos ante la falta de criterios precisos que vengán a balizar la actividad del magistrado en la apuración del *quantum* que el condenado tendrá que pagar al Estado. Véase, por ejemplo, que en la primera operación el juez debe fijar la cantidad de días-multa, que es como mínimo diez y máximo trescientos sesenta. Pero en ningún momento el legislador estableció que factores deben ser observados en la ejecución de esa tarea. De esa forma, en la doctrina y en la jurisprudencia encontramos tres orientaciones acerca del tema.

Una línea entiende que el juez utilice como parámetro solamente la capacidad económica del reo. Otra, parte del entendimiento de que se deben emplear los mismos criterios para la fijación de la pena privativa de libertad regulada en el art. 68, del Código Penal, o sea, las circunstancias judiciales del art. 59, del Código Penal, las circunstancias atenuantes y agravantes, y, por fin, las minorantes y las mayorantes, habiendo, de ese modo, un procedimiento trifásico. Para una tercera línea, el número de días-multa debe ser fijado atendiéndose solamente las circunstancias judiciales del art. 59, del Código Penal, o sea, la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social, la personalidad del agente, los motivos, las circunstancias y consecuencias del delito y el comportamiento de la víctima.

Después del cálculo de la cantidad de días-multa, viene la etapa de la fijación del valor de cada día-multa y otra vez más surge la indeterminación, una vez que el legislador simplemente conminó los valores mínimo y máximo, sin indicar los

elementos que deben ser valorados para llegar a una cuantía exacta y justa. Nuevamente el juez tiene que recurrir a doctrina y jurisprudencia para hallar un camino, siendo que en ese caso por lo menos hay un consenso hermenéutico en el sentido de que él debe observar exclusivamente la situación económica del reo. Interesante es que en el art. 60, *caput*, del Código Penal consta que “*na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu*”. Cabe subrayar que hay la determinación de observar “principalmente” y no “exclusivamente” la situación económica del reo, pero no hay, siquiera, una única indicación acerca de otros factores, además de las condiciones financieras del agente, que pueden ser apreciados por el juez.

Otro aspecto a ser destacado es el hecho de que el legislador dio un carácter de prevalencia a la capacidad económica del agente infractor, pero en ningún momento apuntó en cual de las tres etapas del proceso de individualización de la pena de multa ese dato debe ser objeto de valoración. Se percibe que la carencia de una instrucción normativa precisa hace con que se ensanche el carácter discrecional del juzgador en la mensuración de la pena pecuniaria, siendo que no se puede olvidar la circunstancia de que la ley autoriza a triplicar el valor estipulado, conforme sea la situación económica del reo (art. 60, §1º, del CP). Registra Guilherme de Souza Nucci, acerca de esa causa de aumento de pena, que

é possível que, mesmo aplicada no máximo – 360 dias-multa, calculado cada dia em 5 salários mínimos, ou seja, 1.800 salários –, a pena ainda se torne insuficiente para garantir a suficiência da punição pelo crime praticado, em razão da situação econômica privilegiada do réu. Por isso, é permitido ao juiz que triplique esse montante. Teríamos, então, um total máximo de 5.400 salários mínimos.⁵⁴⁵

Por otro lado, recuerda René Ariel Dotti que “na legislação especial esse limite pode ser ampliado. Em se tratando de crime contra instituição financeira, o valor do dia-multa poderá ser estendido até o décuplo de um salário mínimo (Lei n. 7.492/86, art. 33)”⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Comentários ao Código Penal...**, p. 339-340.

⁵⁴⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Parte Geral. p. 549.

A nuestro juicio esa sistemática normativa pertinente al cálculo de la multa afecta los principios de la individualización de la pena y de la determinación o de la certidumbre, trayendo un sentimiento de total inseguridad jurídica.

En verdad, según otra interpretación, lo que el mencionado art. 33, de la Ley 7.492/86 mandó multiplicar por diez fue el valor de esa unidad, llamada día-multa. Ese día-multa, según preceptúa el art. 49, §1º, del Código Penal brasileño tendrá valor oscilante entre un trigésimo del mayor sueldo mínimo mensual vigente al tiempo del hecho y cinco veces ese sueldo. Significa decir que para los efectos de esa ley el valor del día-multa se sitúa entre un tercio del sueldo mínimo y cincuenta veces ese sueldo. El juez, conforme ya referido, puede aplicar entre diez y trescientos sesenta días-multa, siendo aún admisible la triplicación de ese valor en la hipótesis prevista en el art. 60, § 1º, del Código Penal. Por este criterio, pondera José Carlos Tórtima, se puede “*chegar, em casos extremos, à elevada cifra de 18.000 salários mínimos*”,⁵⁴⁷ lo que, a ser correcta esta interpretación, conduce a la flagrante ruptura de cualquier razonable proporcionalidad entre el contenido del ilícito y la sanción conminada.

Ya para Guilherme de Souza Nucci, semejante situación regulada en esa ley que define los delitos contra el sistema financiero autoriza que “*o limite do art. 49, §1º, do CP, pode ser rompido (360 dias-multa, calculado cada dia em cinco salários mínimos) para até dez vezes mais*”.⁵⁴⁸

9.2.3 Fase Ejecutoria o Administrativa

Impuesta la sanción penal, no habiendo más cualquier recurso que pueda ser impetrado contra la sentencia condenatoria, que, así, se hizo definitiva, el Estado adquiere el título con el cual deberá ejecutar la reprimenda que será cumplida por el

⁵⁴⁷ TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. Uma Contribuição ao Estudo da Lei n. 7.492/86. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.43.

⁵⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 732.

agente infractor. En esa fase, el proceso de individualización consiste en proporcionar a los condenados, durante toda la trayectoria de la ejecución de la pena, las oportunidades y condiciones necesarias para que sean reinsertados en la sociedad. Es esa la línea que se encuentra estampada en el art. 1º de la Ley 7210/84, cuando señala que *“a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”*. Con el propósito de atender a ese mando, la misma ley, en su art. 5º, determina que el condenado será clasificado, según sus antecedentes y personalidad, para orientar las coordenadas de la individualización de la pena. A su vez, el art. 6º, informa que la clasificación será hecha por una Comisión Técnica, de carácter interdisciplinar, que está incumbida de fijar un programa individualizador a ser seguido en la ejecución de la sanción penal, todo elaborado a partir de los resultados obtenidos en el examen criminológico al que el condenado fue sometido, por los peritos que actúan en los Centros de Observación (arts. 96-98, de la Ley 7210/84).

Cabe destacar que la Constitución Federal brasileña también tuvo preocupaciones sobre la individualización en la fase ejecutoria, al enunciar, en el art. 5º, XLVIII, que *“a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo de apenado”*. Realmente, en términos de pena privativa de libertad, conforme vamos a ver a continuación, la legislación penal determinó que para cada modalidad de régimen penitenciario se tenga un tipo de establecimiento (art. 33, § 1º, del Código Penal). A su vez el art. 82, § 2º, de la Ley 7210/84, determina que *“a mulher e o maior de 60 (sessenta) anos, separadamente serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”*. Además de eso, los presos provisionales deberán estar separados de los condenados por sentencia pasada en juzgado, siendo, así, recogidos en la llamada cárcel pública (arts. 84 y 102, de la Ley 7210/84). Advierte, sin embargo, Ney Moura Teles, que en la práctica la situación es bien diferente. Constata el autor que, *“infelizmente, o Estado brasileiro não cumpriu, a contento, suas obrigações estatuídas pelas Leis nºs 7.209 e 7.210, edificando estabelecimentos penitenciários, dotando o sistema prisional das condições indispensáveis à execução das penas*

privativas de liberdade".⁵⁴⁹ Pues, acerca del asunto, se nota que los constructores de la Ley de Ejecución Penal (Ley 7210/84), ya previendo que el Estado tendría dificultades operacionales o sería omiso en la concretización de esas directrices penitenciarias, insertaron en su § 2º, del art. 83, la regla de que "*o mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados*". Lo que se nota es que referida alternativa, que debería tener la connotación de excepción, por la propia posición topográfica en que se encuentra la ley, acabó por presentarse, en la práctica, como regla general, desnaturalizando de forma grave las premisas del principio constitucional de individualización de la pena.

9.2.3.1 Ejecución de las penas privativas de libertad

9.2.3.1.1 Regímenes penales

Como hemos visto, el principio de individualización de la pena se manifiesta en tres momentos distintos, o sea, en la conminación, aplicación y ejecución de la sanción penal.

Acerca de la fase ejecutoria o administrativa de la pena privativa de libertad se adoptó, en Brasil, el sistema progresivo. El juez al condenar a alguien a una pena privativa de libertad debe fijar, además de su montante, el régimen inicial para su cumplimiento. Existen tres regímenes penales: el cerrado, semiabierto y abierto.

En el *régimen cerrado* la ejecución de la pena ocurre en un establecimiento de seguridad máxima o mediana, o sea, en una penitenciaria, siendo que el condenado se queda sujeto a trabajar en el período diurno y a aislamiento durante el reposo nocturno (art. 33, § 1º, "a", del CP; art. 34, del CP y arts. 87-90, de la LEP).

En el *régimen semiabierto* la ejecución de la pena ocurre en una colonia agrícola, industrial o establecimiento similar, habiendo, también, la práctica laboral

⁵⁴⁹ TELES, Ney Moura. Op. cit., v.1, p. 64-65.

durante el día. Igualmente se permite al condenado frecuentar cursos de formación profesional y de instrucción de enseñanza media o superior (art. 33, § 1º, “b”, del CP; art. 35, del CP y arts. 91-92, de la LEP).

Ya en el *régimen abierto* la ejecución de la pena se efectúa en una casa de albergado o establecimiento adecuado, siendo que aquí, en el régimen más flexible de todos, el condenado deberá, fuera del recinto carcelario y sin vigilancia, trabajar, frecuentar curso o ejercer otra actividad autorizada, permaneciendo recogido durante el período diurno y en los días de asueto. Por lo tanto, se trata de un régimen que está asentado en la autodisciplina y en el sentido de responsabilidad del condenado (art. 33, § 1º, “c”, del CP; art. 36, del CP y arts. 93-95, de la LEP).

Conforme ya señalamos, las penas privativas de libertad están divididas en tres especies: reclusión y detención para los hechos tipificados como delitos, y prisión simple para las hipótesis de faltas.

El art. 33, caput, del Código Penal enuncia que “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”. Entonces si un sujeto sea condenado a una pena de reclusión podrá empezar el cumplimiento de la pena en cualquier uno de los regímenes, cabiendo al juez definir de acuerdo con los presupuestos legales. Ya si el agente sea condenado a una pena de detención deberá iniciar el cumplimiento de ella en el régimen semiabierto o abierto. A su vez, en caso de las faltas, la ejecución de la prisión simple ocurrirá, según preceptúa el art. 6º, del Decreto-Ley 3688/41 (Ley de las Contravenciones Penales), “sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto”.

9.2.3.1.2 Determinación del régimen inicial

Para definir el régimen inicial de cumplimiento de pena el juez debe observar el dispuesto en el art. 33, párrafo segundo, del Código Penal brasileño, que posee la siguiente redacción:

as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Se nota que los elementos que deben ser evaluados por el juez para que sea definido el régimen inicial del cumplimiento de la prisión son la especie de pena privativa de libertad aplicada, la cantidad de pena atribuida y la circunstancia del agente ser o no reincidente, análisis que más una vez entra en escena ya que nos rebelamos de forma absoluta, por los motivos ya expuestos hasta aquí.

Hay que registrar que por la lectura de ese dispositivo legal, el hecho del condenado ser reincidente, hace con que se quede impedido de iniciar el cumplimiento de la pena en los regímenes semiabierto y abierto.

Sin embargo, por determinación del art. 33, párrafo tercero, del Código Penal, además de esos elementos, el juzgador debe, al definir el régimen inicial, hacer un juicio valorativo de los criterios previstos en el art. 59, del Código Penal, o sea, una evaluación acerca de la culpabilidad, antecedentes, conducta social y personalidad del agente, motivos, circunstancias y consecuencias del delito, también del comportamiento de la víctima. Véase nuevamente la actuación de los elementos espurios de los antecedentes, conducta social y personalidad del condenado, sirviendo de parámetros para la actividad jurisdiccional.

9.2.3.1.3 Progresión y regresión del régimen

Definido el régimen inicial es posible la concesión de la progresión, o sea, la posibilidad del condenado pasar de un régimen más riguroso para otro más blando, admitiéndose, también, la hipótesis de ocurrir el contrario, o sea, la regresión del régimen, transfiriendo el agente de un régimen más ameno para otro más enérgico.

Como enseña Luis Gracia Martín, “la esencia del sistema progresivo es la fragmentación o distribución de la ejecución de la pena privativa de libertad en varios períodos o etapas, en cada uno de los cuales se van otorgando al recluso más ventajas y privilegios”.⁵⁵⁰

Referido sistema penitenciario, hoy ampliamente adoptado por varios países, como, por ejemplo, Italia, Francia, España y Argentina, tuvo su inicio, aclara Gerardo Landrove Díaz,

en el presidio correccional de Valencia por el coronel MONTESINOS, a partir de 1836. Algunos años más tarde, el capitán inglés MACONOCHIE realizó interesantes experiencias en este sentido en la isla de Norfolk (Australia). En Irlanda fue CROFTON el que introdujo y matizó el sistema progresivo, que llegó a denominarse sistema irlandés.⁵⁵¹

Realmente fue Manuel Montesinos e Molina que, cuando nombrado Gobernador del Presidio de Valencia, trazó las primeras líneas del moderno sistema progresivo. Montesinos fue un personaje que dejó huellas en el penitenciarismo, por ser uno de los precursores de un tratamiento carcelario más humanitario, de respeto a la dignidad del preso, teniendo, en su administración, adoptado métodos que construyeron de forma eficaz en la reforma personal de los condenados, pues partía del presupuesto de que la función primordial del presidio era la de desarrollar para la sociedad personas honradas y aptas a desempeñar una actividad, constituyendo el trabajo penitenciario el mejor instrumento para se alcanzar ese propósito.

Ya el capitán Alexander Maconochie fue quien implantó el sistema progresivo en Inglaterra, también conocido como “*Mark System*”, inspirado en la idea de sustituir la severidad por la benignidad, los castigos por premios concedidos a los condenados, teniendo el referido modelo sido empleado, en 1810, en Isla de Norfolk, en Australia, a donde eran enviados los delincuentes reincidentes más peligrosos. Informa Elías Neumann que Maconochie

⁵⁵⁰ GRACIA MARTÍN, Luis, PASAMAR, Miguel Ángel Boldova; DOBÓN, M. Carmen Alastuey. Op. cit., p. 291.

⁵⁵¹ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. cit., p. 52.

adoptó un método según el cual la duración de la condena se determinaba por la gravedad del delito, el espíritu de trabajo y la buena conducta observada por el penado, otorgándole marcas o vales para acreditar la cantidad de trabajo y la bondad de la conducta. El número de marcas para obtener la libertad debía guardar proporción con la gravedad del delito. De esa manera dejaba la suerte de cada uno de los penados en sus propias manos.⁵⁵²

El resultado se mostró altamente exitoso se atribuyendo a Maconochie la incumbencia de armar un sistema similar al de la colonia, en la penitenciaria de Birmingham, lugar en que la ejecución de la pena privativa de libertad pasó a operar en tres períodos sucesivos.

En la primera fase Maconochie estableció la regla de aislamiento celular diurno y nocturno por un período de nueve meses, con la ejecución de trabajos duros y con escasa alimentación. Esa segregación total tenía el objetivo de proporcionar al reo la reflexión sobre la infracción penal cometida e inculcar el sentimiento de arrepentimiento. En la segunda fase, había la práctica de trabajo junto a otros presos en las llamadas “*public work houses*”, desarrollado bajo la regla del silencio, habiendo, por la noche, el encarcelamiento. La fase final consistía en la concesión de la libertad condicional, o sea, se otorgaba una libertad con restricciones por un determinado período de tiempo, que una vez cumplido de forma adecuada por el agente, hacía con que él obtuviese la libertad definitiva, encontrándose, por lo tanto, aquí el origen de ese otro moderno instituto del Derecho de Ejecución Penal.

Sin embargo, en Irlanda, a través de Walter Crofton, nombrado director de las prisiones en este país, en 1854, el sistema progresivo sufrió algunas modificaciones estructurales, al introducirse, registra Cuello Calón, “*un período intermedio de semilibertad entre la permanencia en la prisión y la libertad condicional*”.⁵⁵³

De ese modo, en Brasil, siguiendo esa tendencia mundial, se adoptó, igualmente, una forma progresiva de ejecución de pena privativa de libertad. Para

⁵⁵² NEUMANN, Elías. Op. cit., p. 132.

⁵⁵³ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. cit., p. 768.

eso, hay la necesidad del condenado cumplir algunos requisitos, expresamente previstos en la legislación criminal.

En primer lugar hay que observar si él es merecedor de la progresión, o sea, analizar el mérito del condenado, el buen comportamiento carcelario, elemento a ser apreciado por el director del establecimiento (art. 33, §2º, del Código Penal y art. 112, de la Ley de Ejecución Penal – Ley 7210/84). Además de eso, según determina el art. 112, de la Ley de Ejecución Penal, es imprescindible que el preso haya cumplido por lo menos un sexto de la pena en el régimen anterior, para que pueda ingresar en un régimen más flexible.

Hasta poco tiempo, el párrafo único del art. 112, de la LEP, exigía, también, la existencia de un parecer favorable de la Comisión Técnica del Clasificación, compuesta por el director del establecimiento, jefes de servicio, psiquiatras, psicólogos y asistentes sociales, también estaba prevista la realización de un examen criminológico, requisitos que acabaron siendo suprimidos con la publicación de la Ley 10.792, de 01/12/03. Luego, sintetiza Andrei Zenkner Schmidt que, fundamentalmente,

por força do novo art. 112 da LEP, a progressão de regime, assim como o livramento condicional, o indulto e a comutação de penas estarão sujeitos, tão-só, à análise do bom comportamento carcerário do preso, devidamente comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional (ou seja, pelo já existente atestado de conduta carcerária), e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor (ele, ele mesmo – essa figura que, mesmo quando presente, revela-se ausente). O laudo criminológico, bem como o parecer da CTC, deixam de ser condições para a evolução das etapas da execução da pena. Foram tarde!⁵⁵⁴

Incluso hay que registrar que la Ley 10.763/03 acrecentó, también, un párrafo 4º, al art. 33, del Código Penal, fijando la siguiente determinación: “*o condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais*”. Véase que tales exigencias no son

⁵⁵⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Crônica acerca da extinção do exame criminológico. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 11, n. 134, p. 3, 2004.

impuestas a los demás condenados, lo que por lo mínimo pone en duda la constitucionalidad de tal dispositivo legal, una vez contrastado con el principio de igualdad.

También sobre la ejecución de la pena privativa de libertad, registra con propiedad, Adilson Mehmeri, que “não é possível o chamado salto progressivo, ou seja, o preso não poderá passar do regime máximo para o mínimo sem passagem pelo intermediário”.⁵⁵⁵

De ese modo, por ejemplo, si un funcionario público fue condenado a doce años de reclusión por el cometimiento del delito de malversación (art. 312, del Código Penal), por haber se apropiado de computadoras pertenecientes a la repartición que trabaja, tendrá que iniciar el cumplimiento de la pena en el régimen cerrado, que es superior a ocho años. Pero tal pena no tendrá que ser ejecutada integralmente en ese régimen más riguroso. Una vez que él haya cumplido por lo menos un sexto de esa pena, o sea, dos años, podrá pasar al régimen semiabierto, desde que estean presentes los demás presupuestos legales. Lo que no puede ocurrir es que sea directamente transferido al régimen abierto. Pero la progresión no termina aquí. Él podrá ingresar en el régimen abierto desde que atienda nuevamente los mismos requisitos. Sin embargo, en ese momento, de la segunda progresión, aparece un obstáculo, objeto de grandes controversias doctrinales y jurisprudenciales, una vez que el condenado necesita cumplir por lo mínimo un sexto de la pena en régimen semi-abierto para entrar en el abierto, siendo que la legislación penal no especifica si referida cuenta debe incidir sobre el total de la pena aplicada, como ocurrió en la primera progresión, o sobre el tiempo que falta de la pena. En el ejemplo formulado, cuando el condenado ingresa en el régimen semi-abierto ya tendrá cumplido por lo mínimo dos años de la pena, de modo que faltarían cerca de diez años para ejecutar. Si hicimos la cuenta de un sexto de la pena recayendo sobre el total (12 años), con más dos años de clausura entraría en el régimen abierto. Pero, si nos basamos para el cálculo en el restante de la pena a ser cumplida (diez años), esto haría que él obtuviese la progresión de forma más célere.

⁵⁵⁵ MEHMERI, Adilson. Op. cit., p. 243.

Sobre el tema, el Superior Tribunal Federal ya se manifestó en defensa de la idea de que la cuenta, por la segunda vez, del lapso temporal de un sexto de pena, necesario para permitir el pasaje del preso del régimen semi-abierto para el abierto, debe tener en foco de incidencia el total de la pena impuesta en la sentencia.⁵⁵⁶

A nuestro juicio, con vistas a laguna de la ley, lo recomendable es que se adopte la interpretación más favorable al condenado, tal como ya decidió la 6ª Turma del Superior Tribunal de Justicia.⁵⁵⁷ Referido aspecto no pasó sin ser notado por Celso Delmanto al enfatizar que

nas progressões, a lei não se preocupou em especificar se o limite de um sexto, para as transferências sucessivas, refere-se ao total da pena ou ao restante dela que sobrou para cumprir. Embora nos pareça que se desejou aludir ao total da pena e não à sua parte ainda não exaurida pela execução (pois a hipótese não é de extinção da punibilidade), na dúvida a interpretação deverá ser a mais favorável (um sexto do restante).⁵⁵⁸

Hay que se mencionar aquí que, sobre los condenados por crímenes clasificados como horrendos, tráfico ilícito de estupefacientes, terrorismo o tortura, que antes estaban impedidos de avanzar el regimen en los términos de la redacción original del art. 2º, § 1º, de la Ley 8072/90, con la entrada en vigor de la nueva Ley 11.464, de 28 de marzo de 2007, pasaren a gozar de esa prerrogativa, a través del cumplimiento de dos quintos de la pena si el condenado sea primario y de tres quintos, si reincidente, además de la necesidad relleno de otros requisitos genéricos presentados en el art. 112, de la Ley 7210/84 y del art. 33, § 2º, del Código Penal brasileño. Hay, sin embargo, la determinación legal de que para tales crímenes los condenados necesariamente deben empezar la ejecución de la pena de prisión en el régimen cerrado, independientemente de la cantidad de tiempo de cárcel aplicada por el juez en la sentencia, pudiendo avanzar de régimen, a través del acatamiento de los requisitos legales. Referido tema será objeto de análisis más adelante en esa tesis.

⁵⁵⁶ STF, *Habeas Corpus* n. 69.975-8-RJ, Relator Ministro Moreira Alves.

⁵⁵⁷ RHC n. 2050-0/GO, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Ementário do STJ, 06/657.

⁵⁵⁸ DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Op. cit., p. 67.

Pero, como hemos visto, al mismo tiempo que se permite la progresión, se admite, también, la regresión del régimen. En ese sentido dispone el art. 118, de la Ley de Ejecución Penal, que

a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos quando o condenado: I- praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II- sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111). §1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. §2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado.

Hay dudas sobre la permanencia de la posibilidad de se determinar la transferencia del régimen abierto para otro más riguroso por el no pago de la multa cumulativamente impuesta. Para Flávio Augusto Monteiro de Barros,

com o advento da Lei n. 9.268/96, que proíbe a conversão da multa em pena privativa de liberdade, operou-se a revogação tácita dessa causa de regressão. Seria ilógico que o não-pagamento da multa continuasse a figurar como causa de regressão se a própria lei veda a conversão da multa em pena privativa de liberdade.⁵⁵⁹

Con la entrada en vigor de esa ley se modificó el contenido del art. 51, del Código Penal, que antes disciplinaba los procedimientos de conversión de multa en prisión, por el no pago. Referido dispositivo legal pasó a presentar la siguiente redacción: *“transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”*.

⁵⁵⁹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Op. cit., p. 379.

9.2.3.1.4 Libertad condicional

En la legislación brasileña hay la previsión del instituto de la libertad condicional que, según Magalhães Noronha, consiste en la “*concessão, pelo poder jurisdicional, da liberdade antecipada ao condenado, mediante a existência de pressupostos, e condicionada a determinadas exigências durante o restante da pena, que deveria cumprir preso*”.⁵⁶⁰

Ese instituto está regulado en el Código Penal, en el Capítulo V, del Título V, de su Parte General. El art. 83, del Código Penal, establece los requisitos necesarios para su aplicación, en los siguientes términos:

o juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I- cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II- cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III- comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto; IV- tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V- cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. Parágrafo único. Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

De pronto atacamos la presencia de la reincidencia como elemento para dificultar la concesión del beneficio, por representar, como señalamos, una violación de los principios del “*non bis in idem*”, de secularización y de culpabilidad por el hecho cometido.

Tampoco estamos de acuerdo con la absoluta indeterminación del párrafo único del referido dispositivo legal, cuando dice que la concesión de la libertad condicional para un condenado por delito, en que hubo el empleo de violencia ou grave amenaza a la persona, queda en la dependencia de la “*constatación de condiciones personales que hagan suponer que el liberado no volverá a delinquir*”.

⁵⁶⁰ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal...**, v. 1, p. 289.

Se trata de una norma que sólo viene a ensanchar la actuación discrecional y arbitraria del juzgador y enflaquecer el principio de determinación, representando más una forma de manifestación del temible Derecho Penal del autor, por exigir que el juez investigue la personalidad del agente, para, basándose en un juicio negativo, poder negar el beneficio, operación, por lo tanto, realizada mediante una cuestionable e irrefutable presunción de peligrosidad del reo.

Además, el art. 84, del Código Penal determina que *“as penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento”*. Como ya hemos visto, para que el agente pueda ser beneficiado por la libertad condicional hay necesidad de que haya sido condenado a una pena igual o superior a dos años. Sin embargo, para la cuenta de ese tiempo mínimo, se permite el sumatorio de las penas aplicadas por el cometimiento de infracciones penales diversas, incluso aunque se hubieran impuesto en procesos criminales distintos, todo con vista a satisfacer ese requisito.

Cuestión interesante bajo el punto de vista hermenéutico, aparece cuando el agente está condenado por varios delitos y en el sumatorio de las penas se rebasa los treinta años. Conforme ya señalamos, la Constitución Federal brasileña, en su art. 5º, XLVII, “b”, veda la aplicación de pena de carácter perpetuo y el Código Penal, siguiendo ese mando constitucional, estipuló, en su art. 75, que *“o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos”*. No obstante es perfectamente posible que en una hipótesis de concurso de delitos, sea de cualquier modalidad, material (art. 69, del Código Penal), formal (art. 70, del Código Penal) o delito continuado (art. 71, del Código Penal), se llegue a un resultado final en que la pena privativa de libertad rebase ese límite máximo. La duración de la ejecución de la pena es que no puede ser superior a los treinta años. De ahí viene la cuestión crucial: ¿para efectos de concesión de la libertad condicional se utiliza como base de cálculo la pena efectivamente aplicada en la sentencia condenatória (superior a treinta años) o se emplea como hito el límite de treinta años (art. 75, del CP)?

En la doctrina y en la jurisprudencia no se formó un consenso en torno del tema. Para Damásio de Jesus ese límite de treinta años, del art. 75, del Código

Penal, “*não se aplica ao livramento condicional e a outros institutos, como a remição, comutação etc.*”.⁵⁶¹ En el mismo sentido se posicionan Luiz Régis Prado y Cezar Roberto Bitencourt, cuando afirman que “*o limite de 30 anos é tão-somente para o cumprimento de pena, não sendo aplicável para outros benefícios, como progressão, indulto, livramento condicional etc.*”.⁵⁶² Ese es también el entendimiento predominante en la jurisprudencia, teniendo ya el Supremo Tribunal Federal decidido que “*a norma do art. 75 do CP refere-se ao tempo de efetivo encarceramento, trinta anos. Esse limite não constitui, porém, parâmetro para a concessão de benefícios da execução, como o livramento condicional ou o regime prisional aberto*”.⁵⁶³ Pues, sobre el tema, recientemente el Supremo Tribunal Federal pacificó su entendimiento al editar la Súmula 715, en los siguientes términos: “*a pena unificada para atender ao limite de 30 (trinta) anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução*”.

Esa posición mas rigurosa al condenado parte del presupuesto del peligro y del temor que representa se libertar, con más rapidez, sin tener ocurrido la efectiva resocialización, delincuentes irascibles y dotados de alto grado de peligrosidad, de forma que sería un factor a más para contribuir en la práctica de nuevas infracciones penales por parte de esos agentes. Por lo tanto, es línea que confía en la concretización del fin educador de la pena, defendiendo la idea de que en el caso de delincuentes violentos hay la necesidad de se imponer un tiempo más dilatado de privación de libertad para que se logre recuperarlo y, entonces sí, se conceder el beneficio de la libertad condicional.

Bajo el punto de vista de un Derecho Penal mínimo y humanitario, respetador de la dignidad humana, entendemos que esa no es la propuesta más adecuada. Sostiene con propiedad José Antônio Paganella Boschi una postura más liberal al argumentar que,

⁵⁶¹ JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. p. 259.

⁵⁶² RÉGIS PRADO, Luiz; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 351.

⁵⁶³ STF, Pleno, *Habeas Corpus* 69.423-3, m.v., Relator Ministro Carlos Velloso, j. 17.6.93, DJU 17.9.93, p. 18.928.

o princípio da humanidade das penas – nas fases de cominação, individualização judicial e execução – não pode, pois, continuar sendo algo etéreo. Se os investimentos não se fizerem sentir, para melhoria das condições das penitenciárias, os tribunais, que norteiam sua ação pela justiça e não pela conveniência política, precisarão revisar sua jurisprudência, para permitir, primeiro, estabelecer em trinta anos a base de cálculo para benefícios executórios e, segundo, a progressão nos regimes, para os condenados por crimes hediondos, nos moldes previstos na Lei 9.455/97, relativa aos crimes de tortura.⁵⁶⁴

De ese modo hay que elogiar interpretaciones judiciales osadas, como la verificada en el Superior Tribunal de Justicia, cuando decidió, en respeto a los principios básicos del Derecho Penal, que “*o tempo máximo deve ser considerado para todos os efeitos penais, não se podendo suprimir os institutos que visam adaptar o condenado à vida social, como é exemplo o livramento condicional*”.⁵⁶⁵ En el mismo sentido, la proferida por la 5ª Cámara del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul, al enunciar que “*o prazo de unificação de penas - 30 anos - baliza todos os cálculos para o reconhecimento dos direitos do cidadão condenado na fase de execução*”.⁵⁶⁶

Sólo a través de ese entendimiento adecuado con la red de postulados elementales del Derecho Penal, podemos evitar la formación del llamado “*delincuente residual*”, expresión creada por Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci y Sérgio de Moraes Pitombo.⁵⁶⁷ Referida categoría está representada por los condenados que no poseen la esperanza de obtener la libertad, haciendo con que se transformen en agentes más agresivos y nocivos, una vez que están sin estímulos a se portaren adecuadamente, debido a la absoluta falta de perspectiva de cambio en el cuadro en que se encuentran insertados. Ese sentimiento de frustración y de irreversibilidad de la situación, aliados a los factores criminógenos de la prisión, del desrespeto a la integridad física y moral del condenado, de la subcultura carcelaria, de la insalubridad del ambiente, de la falta

⁵⁶⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 53.

⁵⁶⁵ Revista dos Tribunais n. 712, p. 467.

⁵⁶⁶ Agravo n. 70002509628, Relator: Desembargador Amílton Bueno de Carvalho.

⁵⁶⁷ REALE JÚNIOR, Miguel, DOTTI, René Ariel, ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio de Moraes. Op. cit., p. 243.

de un régimen alimentar equilibrado tornan difíciles, hasta imposible, se alcanzar la deseada reinserción social del agente infractor.

9.2.3.2 Ejecución de las penas restrictivas de derechos

Las penas alternativas de prestación de servicios a la comunidad o a entidades públicas (arts. 43, IV y 46, del CP), interdicción temporal de derechos (arts. 43, V y 47, del CP) y de limitación de fines de semana (arts. 43, VI y 48, del CP), deben tener la misma duración de las penas privativas de libertad sustituidas, considerando que el precepto secundario de las normas penales incriminatorias no estipulan el montante, en abstrato, de las restrictivas de derechos (art. 55, del CP). Cabe destacar que con relación a la pena de prestación de servicios a la comunidad o a entidades públicas, el § 4º, del art. 46, del Código Penal, admite que *“se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada”*. Ya las restrictivas de derechos de la prestación pecuniaria (arts. 43, I y 45, §, 1º, del CP) y de la pérdida de bienes e valores (art. 43, II y 45, §, 3º, del CP), por la propia naturaleza que poseen, no están evidentemente sometidas a la misma regla de prolongamiento en el tiempo como las demás, se agotando, respectivamente, con los actos del efectivo pago y de la confiscación de parte del patrimonio lícito del condenado.

Es importante subrayar que las penas restrictivas de derechos no son aplicadas solamente en la sentencia condenatoria (art. 59, IV, del CP), sustituyendo las penas privativas de libertad (reclusión, detención y prisión simple), una vez que rellenos los requisitos legales (art. 44, del CP). Ellas funcionan, también, como objeto de transacción penal entre el Ministerio Público y el agente infractor, en el ámbito del Juzgado Especial Criminal, en la apuración de las infracciones penales de menor potencial ofensivo (art. 76, de la Ley 9099/95). Actúan, igualmente, en la concesión del *sursis* (suspensión condicional de la pena), considerando que en el primer año del plazo de prueba, el condenado, beneficiado por el instituto, deberá cumplir una pena restrictiva de derechos, pudiendo ser la prestación de servicios a la comunidad o la submisión a la limitación de fines de semana (art. 78, § 1º, del CP).

Esas dos últimas situaciones en que las penas restrictivas de derechos son utilizadas serán tratadas más adecuadamente en otro capítulo adelante.

Pero las penas restrictivas de derechos pueden funcionar como incidente de ejecución, cuando se convierte la pena privativa de libertad que está siendo cumplida por el condenado en pena alternativa, una vez atendidos los requisitos del art. 180, de la Ley 7210/84. Prevé referido dispositivo legal que

a pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que: I- o condenado a esteja cumprindo em regime aberto; II- tenha sido cumprido pelo menos um quarto da pena; III- os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável.

Por último, la legislación penal disciplina la posibilidad inversa, o sea, la conversión de las penas restrictivas de derechos en privativas de libertad, como forma de garantizar el éxito de su cumplimiento, situación regulada en el art. 44, §§ 4º y 5º, del Código Penal. Sintetizado tal operación, señala Luiz Flávio Gomes que

três são as hipóteses de conversão da pena restritiva de direitos: a) quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta; b) quando sobrevier condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, incompatível com a pena substitutiva anterior; c) quando sobrevier condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, compatível com a pena substitutiva anterior. Conversão facultativa: nesse caso a conversão fica por conta do juiz. É uma faculdade.⁵⁶⁸

Pero, cuando se da esa conversión en prisión, volviendo a la sanción originalmente aplicada en la sentencia condenatoria, debe emplearse el principio de detracción penal, ya que se deduce, debidamente, el tiempo de pena restrictiva efectivamente ya cumplido de forma adecuada por el penado.

Cabe subrayar que en el caso de las penas restrictivas de derechos de connotación pecuniaria que no poseen mensuración temporal, que son, la prestación

⁵⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. Culpabilidade e Teoria da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Parte Geral. p. 101.

pecuniaria (arts. 43, I y 45, § 1º, del CP), y la pérdida de bienes y valores (arts. 43, II y 45, § 2º, del CP), están excluidas de la posibilidad de convertibilidad en pena privativa de libertad. Para Cezar Roberto Bitencourt, mencionado impedimento se origina, aún, del *“fundamento político-criminal que, finalmente, procura adotar principio constitucional que proíbe prisión por dévidas”*.⁵⁶⁹ En verdad, la Constitución Federal de 1988, en su art. 5º, LXVII, establece el mando de que *“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”*.

En sentido diverso, Guilherme de Souza Nucci destaca que, frente al no cumplimiento de esas sanciones,

inicialmente, cabe ao Ministério Público executar as penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores, na forma do art. 164 e seguintes da LEP (pena de multa); frustrando-se o pagamento por malícia do condenado, deve haver reconversão para pena privativa de liberdade; não ocorrendo o pagamento por impossibilidade financeira ou motivo de força maior, o juiz deve aplicar outra pena restritiva de direitos.⁵⁷⁰

Hay que destacar, sin embargo, que la multa, que también puede sustituir la pena privativa de libertad aplicado estando presentes los requisitos legales que autorizan (multa sustitutiva – art. 44, § 2º, del CP), una vez no siendo cumplida por el agente infractor, no puede ser convertida en prisión, considerando la Ley 9268/96, que alteró el contenido del art. 51, del Código Penal, proporcionando un nuevo direccionamiento a la materia, tal como vamos a ver a continuación.

9.2.3.3 Ejecución de la pena de multa

Una vez la multa siendo calculada de acuerdo con el sistema de días-multa, ya descrito aquí, se ingresa, ahora, ya con plena ciencia de su montante, en la etapa

⁵⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. Parte Geral. v. 1. p. 630.

⁵⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**..., p. 309.

ejecutoria. Para eso, el art. 50, del Código Penal brasileño, determina que la multa debe ser pagada dentro de diez días después del pasado en juzgado de la sentencia condenatoria, con tal lapso temporal pasando automáticamente. De otra parte, con discrepancia, la Ley de Ejecución Penal (Ley 7210/84), en su art. 164, enuncia que el Ministerio Público, de posesión de la certificación de la sentencia penal condenatoria, tiene que requerir la citación del condenado para, en el plazo de 10 días, pagar el valor de la multa o nombrar bienes para secuestro, siendo que, aquí, el lapso temporal para fluir depende de las providencias procesales y administrativas que pueden representar meses o hasta años.

De ahí viene la cuestión: ¿Cuál norma debe ser aplicada para disciplinar el pago de la multa?

Para Cezar Roberto Bitencourt, “diante desse impasse, acredita-se que a jurisprudência e a doutrina acabarão se inclinando pela adoção da norma mais favorável ao réu e também mais coerente, numa interpretação sistemática, no caso, as disposições da Lei de Execução Penal”.⁵⁷¹

Ya según otra línea doctrinal, el art. 164, de la Ley 7210/84, no debe más orientar los procedimientos del pago y de la ejecución de la pena de multa debido a la Ley 9268/96, que forneció una nueva redacción al art. 51, del Código Penal, en los siguientes términos: “*transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*”. Con eso, está definitivamente vedada la posibilidad de conversión de la multa en detención, en caso de impago por condenado solvente, conforme admitía la antigua redacción del art. 51 y sus párrafos 1º y 2º, del Código Penal, cuando fijaban la transformación en la proporción de un día de prisión por día-multa establecido en la sentencia. De ese modo, para algunos, con el nuevo contenido del art. 51, del Código Penal, la titularidad para promover la ejecución de la pena de multa pasó a ser de la Hacienda Pública y no más del Ministerio Público.

⁵⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal...**, p. 688.

Véase, a propósito del tema, que el Superior Tribunal de Justicia ya tomó decisión en ese sentido:

A luz do 'novo' art. 51 do Código Penal, a multa imposta em sentença penal condenatória é considerada dívida de valor, devendo ser cobrada segundo a Lei nº 6.830/80. Por essa razão, será inscrita em dívida ativa e será reclamada via execução fiscal movida pela Fazenda Pública, falecendo legitimidade ativa ao Ministério Público.⁵⁷²

En la misma línea de ese pensamiento, argumenta René Ariel Dotti que “a orientação de que a multa criminal não perde esse caráter, devendo a sua cobrança ser promovida pelo MP cedeu passo à corrente oposta que sustenta a legitimidade da Fazenda Pública”.⁵⁷³

Con una visión opuesta, Cezar Roberto Bitencourt afirma que “a competência continua com a vara das execuções criminais e a condenação à pena de multa mantém sua natureza de sanção criminal, além de ser juridicamente impossível inscrever em dívida ativa uma sentença penal condenatória”.⁵⁷⁴ En tal línea ya se posicionó el Tribunal de Justicia de São Paulo, al dictar la siguiente decisión:

a Lei 9.268/96, ao dar nova redação ao art. 51 do Código Penal, não alterou a competência para a cobrança executória da pena de multa, que continua sendo do Juízo das Execuções Criminais, regido o processo pelos artigos 164-169 da Lei de Execuções Penais e legitimado o Ministério Público para sua promoção e acompanhamento.⁵⁷⁵

Para concluir, el juez podrá, a requerimiento del condenado y conforme sean las circunstancias del caso concreto, permitir que el pago de la multa sea efectuado mediante parcelas mensuales (art. 50, *caput*, del CP). La ley penal admite, también, que la cobranza de multa se haga mediante descuento en el jornal o sueldo del agente infractor, cuando ocurri una de las siguientes situaciones: a) sea aplicada aisladamente; b) sea aplicada cumulativamente con la pena restrictiva de derechos;

⁵⁷² STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, julgamento em 9/10/1998, em DJU de 1/2/1999, p. 160.

⁵⁷³ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal...**, p. 597.

⁵⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal...**, p. 691.

⁵⁷⁵ TJSP, Ag. 227.174-3, São Paulo, 3ª C., Rel. Gonçalves Nogueira, 17/06/1997.

c) cuando sea concedida la suspensión condicional de la pena privativa de libertad (art. 50, § 1º, del CP). El art. 50, § 2º, del Código Penal, hace, aún, la importante reserva de que “*o desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família*”.

Capítulo 10

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

10 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

10.1 NOCIONES GENERALES E HISTÓRICO

Se puede aseverar que el reconocimiento del principio de proporcionalidad (“*Verhältnismässigkeit*”), remite al siglo XVIII y tiene sus raíces más profundas en la doctrina y en la *praxis* jurídica alemana. Está basado en la idea del Derecho Natural del Iluminismo que imprimió señales a la “*Allgemeines Landrecht*” prusiana de 1794. Se hizo presente inicialmente en el campo de la jurisdicción administrativa. La ascensión del principio al sector del Derecho Constitucional, en conexión con los derechos fundamentales, sólo ocurrió tras la Segunda Gran Guerra Mundial, ocurriendo después el surgimiento de la Ley Fundamental alemana (“*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*”), de 23/05/1949, y, sobre todo, con la jurisprudencia que empezó a tomar forma a partir del Tribunal Constitucional implantado en Karlsruhe.

Luego el principio se expandió para otros países (Suiza, Austria, Francia, Italia, España, Portugal, etc.). Se habló, a propósito, en el *ensanchamiento horizontal del principio* (“*horizontale Ausbreitung*”), por referencia no solamente a esa distensión a varios sistemas jurídicos, pero, también, a su ampliación del Derecho Administrativo al Derecho Constitucional y, después, a las demás ramas jurídicas, incluso el Derecho Penal. En el sistema jurídico anglosajón es más conocido como principio de razonabilidad.

En este sentido, refiere Paulo Bonavides, hay un acuerdo de la Corte Constitucional de Karlsruhe que bien resume el principio:

quanto mais a intervenção afeta formas de expressão elementar da liberdade de ação do homem, tanto mais cuidadosamente devem ser

ponderados os fundamentos justificativos de uma ação cometida contra as exigências fundamentais da liberdade do cidadão.⁵⁷⁶

En el ámbito del Derecho Penal, del principio de proporcionalidad se extrae la regla de que la sanción penal debe ser proporcional a la gravedad de la infracción.

Ya decía Beccaria, como conclusión de su obra capital “*Dei Delitti e delle Pene*”, que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.⁵⁷⁷

A su vez Montesquieu aseveró en su “*L’Esprit des Lois*” que “toda pena que não deriva da necessidade é tirânica”.⁵⁷⁸

En la Constitución Federal brasileña de 1988 no encontramos la previsión expresa del principio de proporcionalidad. Sin embargo podemos visualizarlo a través de la conjugación de algunos enunciados, que están insertados en los Títulos I y II, que tratan de los principios, de los derechos, y de las garantías fundamentales. Por ejemplo, dispone el art. 1º, III que la República Federativa de Brasil se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamento “*a dignidade da pessoa humana*”; el art. 3º, I, cuando establece que constituye objetivo fundamental de la República Federativa de Brasil “*construir uma sociedade justa e solidária*”; el art. 5º, *caput*, cuando enuncia que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”; el art. 5, LIV, dispone que “*ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”, etc.

A través de la lectura de estos dispositivos es perfectamente posible se inferir la previsión constitucional del principio de proporcionalidad o, como algunos prefieren denominar, principio de prohibición del exceso. Todos estos preceptos

⁵⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 372.

⁵⁷⁷ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 215.

⁵⁷⁸ MONTESQUIEU. Op. cit., p. 278.

constitucionales son indiciarios de la presencia del mencionado principio en nuestra Magna Carta. Cabe destacar también que el párrafo primero, del art. 5º, de la Constitución Federal, estableció la regla de que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

En el sistema jurídico español, el mando de la proporcionalidad no está consagrado de forma explícita en la Constitución, pero, se alega que de ella se puede perfectamente inferir, desde la interpretación, por ejemplo, del art. 1º, cuando refiere la “justicia” como valor supremo del ordenamiento y del art. 10, cuando exterioriza la “dignidad” de la persona y sus derechos como fundamento del orden político y paz social. También se extrae de su art. 15, bajo el argumento de que solamente con una pena proporcional a la gravedad del hecho se respeta los postulados de la humanidad y dignidad de la persona. En el Código Penal de 1995, se encuentra expresamente la exigencia de la observancia del principio de proporcionalidad cuando del tratamiento de la medida de seguridad, al disciplinar su plazo de duración, en el art. 6.2. Ya el art. 4.3, trae la idea de proporcionalidad, cuando prevé una acción del órgano jurisdiccional frente al Gobierno en los siguientes términos:

acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

Sobre o tema, lembra Antonio García-Pablos de Molina,

mención especial merece la Sentencia 136/1999, de 20 de julio de 1999 (recurso de amparo 5459/1997), acordada por mayoría y que contó con tres votos particulares, por la que el Tribunal Constitucional declaró contrario a la Ley Fundamental el *art. 174 bis a)*, del derogado Código Penal de 1973, precepto que había aplicado la sentencia de 29 de noviembre de 1997, del Tribunal Supremo, a los miembros de la llamada Mesa Nacional de Herri Batasuna. El Tribunal Constitucional estimó la demanda de amparo por considerar que la resolución recurrida infringía el principio de legalidad

penal consagrado en el *artículo 25.1º* de la Constitución (mandato de proporcionalidad).⁵⁷⁹

Ese principio debe estar presente en las tres fases del proceso de individualización de la pena, o sea, en la legislativa, judicial y ejecutoria. Haremos ahora una breve exposición acerca del fundamento del principio de proporcionalidad en las tres fases individualizadoras de la sanción penal.

10.2 PROPORCIONALIDAD ABSTRATA O LEGISLATIVA

Conforme ya hemos dicho, acerca de la elaboración de las leyes penales, el legislador, después de hacer la selección de los bienes merecedores y necesitados de tutela penal y de las acciones contra ellos perpetradas, que son clasificadas como infracciones penales, según las directrices de los principios de fragmentariedad, de intervención mínima, de ofensividad, de exterioridad, de secularización y de legalidad, deberá atribuir para cada ilícito una sanción penal correspondiente. Es justamente en ese instante que el principio de proporcionalidad debe ser convocado para disciplinar la elección de la sanción más adecuada para cada hecho y el grado del castigo. En esa operación el legislador debe basarse en la gravedad de la conducta, la importancia del bien jurídico lesionado y la circunstancia del delito haber sido intencional o consecuencia de una acción descuidada.

10.2.1 Infracciones al Principio de Proporcionalidad en la Legislación Penal Brasileña

10.2.1.1 Delito de aborto

No se puede negar que hay una escala jerárquica en el elenco de los bienes jurídicos. De ese modo, la vida humana, en nuestra comprensión, constituye el bien jurídico más importante, hasta porque representa el presupuesto para que se pueda

⁵⁷⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal...*, p. 585.

usufruir de los demás valores protegidos por el ordenamiento jurídico. De ese modo, por un criterio racional, las conductas que vengán a tocarlas o exponerlas a peligro de lesión deben recibir las sanciones penales, cualitativa y cuantitativamente, más enérgicas.

No obstante, no fue siempre que el legislador brasileño siguió ese criterio. Véase, por ejemplo, en el caso del delito de aborto provocado con el consentimiento de la embarazada, que genera como consecuencia jurídica a la mujer, madre del niño, una pena de detención de uno a tres años, por dar su asentimiento para la intervención abortiva (art. 124, del Código Penal) y, para el agente provocador, una pena de reclusión de uno a cuatro años (art. 126, del Código Penal). Estamos ante a comportamientos que incitan la destrucción dolosa de la vida humana, bien más valioso de que disponemos, siendo que la víctima es un ser completamente indefenso, que siquiera tiene la posibilidad de intentar establecer un diálogo con los autores de la acción en el sentido de disuadirlos del propósito delincencial. Y para agravar aún más la situación, uno de los protagonistas de esa crueldad es la propia madre de la víctima. En nuestra opinión las penas conminadas por el legislador en los arts. 124 y 126 son totalmente irrisorias. Obsérvese que si por ventura los agentes fueren condenados a la pena máxima, lo que es extremadamente difícil, y no siendo ellos reincidentes, el juez podrá designar incluso el régimen abierto (art. 33, §2º, “c”, del Código Penal), lo más flexible de todos, en que solamente se quedarán retenidos en la llamada “*casa de albergado*”, durante el período nocturno y en los días de asueto (art. 36, del Código Penal), siendo que al cumplir más de un tercio de la pena, podrán perfectamente obtener la libertad condicional (art. 83, del Código Penal). Y lo que es más absurdo, como los dos delitos tienen la pena mínima conminada en un año de prisión, los agentes podrán ser beneficiados por el instituto de la “suspensión condicional del proceso”, regulado en el art. 89, de la Ley 9099/95, y que consiste, enseñan Cebrian Araújo Reis y Victor Eduardo Rios Gonçalves, en una

espécie de transação processual em que o titular da ação abre mão de seu prosseguimento e da busca de uma condenação, enquanto o acusado, sem discutir sua responsabilidade pelo delito, submete-se, por certo tempo, ao cumprimento de determinadas condições. Assim, com o decurso de tal

prazo, sem que tenha havido revogação, será decretada a extinção da punibilidade.⁵⁸⁰

En líneas generales, a través de ese instituto se suspende el proceso por un período de dos a cuatro años, debiendo durante ese lapso temporal, imponerse al acusado algunas restricciones tales como, por ejemplo, la obligación de reparar el daño, la prohibición de frecuentar determinados lugares, el impedimento de ausentarse de la comarca donde vive, sin autorización del juez, el comparecimiento personal y obligatorio al juicio, mensualmente, para informar y justificar sus actividades, etc.

Convengamos admitir que ante un delito contra la vida se haga una negociación procesal entre el Ministerio Público y el acusado, atenuando el principio de indisponibilidad de la acción penal pública, constituye una “monstruosidad lógica”, que infringe de forma aberrante el principio constitucional de proporcionalidad de la pena.

Solamente a título de ilustración, para demostrar la absoluta falta de criterio y de buen sentido del legislador en la distribución cualitativa y cuantitativa de las penas, compare la sistemática sancionatoria del aborto con el delito de malversación. Ese delito está regulado en el art. 312 y consiste en “*apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou outro bem móvel público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio*”, habiendo sido conminada la pena de dos a doce años de reclusión más la multa. De esa forma, si un sujeto cometiere aborto con el consentimiento de la embarazada podrá recibir una pena máxima de cuatro años de reclusión, mientras que, por ejemplo, si un funcionario público se apropiare de un objeto perteneciente a la repartición pública en que trabaja, podrá recibir una pena de hasta doce años de reclusión, más la sanción pecuniaria. Por lo expuesto, en la estructura del nuestro Código Penal, el patrimonio del Estado adquirió más destaque como bien jurídico-

⁵⁸⁰ REIS, Alexandre Cebrian; GONÇALVES, Victor Eduardo. **Processo Penal**: Procedimentos, Nulidades e Recursos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 70.

penal que la propia vida humana, lo que ciertamente constituye una política criminal errónea y violadora del principio de la proporcionalidad de la pena.

En el Derecho Penal español Manuel Cobo del Rosal también llama la atención de la disparidad valorativa que el legislador ibérico catalogó a la medida en que se compara el tratamiento represivo para el delito de aborto, definido en los arts. 144 a 146 del actual Código Penal, de forma muy particular en las modalidades de “autoaborto y prestación del consentimiento por la mujer” (art. 145.2), castigadas “con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses”, con la protección punitiva que gozan otros bienes jurídicos de notoria importancia menor. Para ilustrar, subraya el autor:

estamos seguros de que cuando el artículo 332 del Código penal castiga con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses la destrucción (cortar, talar, quemar, arrancar o recolectar) “los llamados propágulos” de especies de flora, no se cuestiona su relevancia desde el punto de vista punitivo en aras de la conservación del medio ambiente. “El propágulo” se convierte así en un ente de incuestionable importancia jurídico-penal. Sin embargo, el producto de la concepción humana queda menos protegido penalmente que el “propágulo”.⁵⁸¹

Con discurso similar, destaca Miguel Olmedo Cardenete la falta de observancia del principio de proporcionalidad por parte del legislador español cuando se compara la pena conminada para las lesiones imprudentes para el feto (art. 158), con aquella estipulada para el delito de aborto imprudente (art. 146), con la previsión de hitos punitivos para ambas conductas absolutamente idénticos. De ese modo, concluye el autor,

eso significa que para el legislador el desvalor contenido en el ocasionamiento imprudente de la muerte del feto y el menoscabo grave de la salud del mismo merecen exactamente el mismo reproche punitivo, algo

⁵⁸¹ COBO DEL ROSAL, Manuel. Sobre el aborto: hacia la aclaración de un enigma. In: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F.; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; PERIS RIERA, Jaime (Coordinadores). **Estudios Jurídico-Penales sobre Genética y Biomedicina**. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani. Madrid: Dykinson, 2005. p. 245.

que desde luego no parece muy adecuado por la diferente importancia de los bienes jurídicos en juego.⁵⁸²

10.2.1.2 Delitos ambientales

En la Ley 9605/98, que define los delitos contra el medio ambiente, también se encuentran situaciones de manifiesta desproporcionalidad de las penas. Recuerda José Luiz Bednarski que, por la sistemática jurídica prevista en esa legislación,

quem soltar balões que possam provocar incêndios em qualquer forma de vegetação (art. 42) está sujeito a pena mais severa que aquele que picha o Cristo Redentor no Rio de Janeiro (art. 65, parágrafo único). Ou seja, pune-se com mais rigor o que pratica fato que alguns acreditam até ser exagero ser crime, pelo simples perigo de dano ambiental, do que o agente que efetivamente conspurca (crime de dano) o maior monumento de nosso País, fato que outrora causou comoção nacional. A mesma falta de senso de justiça encontra-se na análise comparativa dos arts. 49 e 50. A pena prevista em abstrato para aquele que, colhendo flores no jardim da vizinha, danifica plantas de ornamentação é a mesma que a cominada ao destruidor de uma floresta inteira. Pior ainda, a pena a ser imposta ao apaixonado que colhe algumas flores no parque do Ibirapuera à sua namorada é maior que a prevista ao empreendedor que, na busca insana dos lucros, constrói um parque temático potencialmente poluidor, sem licença dos órgãos ambientais competentes (art. 60).⁵⁸³

En esa misma legislación ambiental, en su art. 32, se encuentra tipificado el delito de malos tratos a animales silvestres, domésticos o domesticados, nativos o exóticos, con una pena de detención de tres meses a un año y multa. El art. 49 incrimina los malos tratos a las plantas ornamentales de paseos públicos o en propiedad privada, atribuyendo una pena de detención de tres meses a un año o multa, siendo que autoriza el juez a aplicar de forma acumulada las dos sanciones penales. Ya en el art. 136, del Código Penal, hay la previsión del delito de malos tratos dirigidos al ser humano, teniendo el legislador conminado la pena de

⁵⁸² OLMEDO CARDENETE, Miguel. Las lesiones al feto y el objeto de protección en los artículos 157 y 158 del Código Penal Español. In: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F.; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; PERIS RIERA, Jaime (Coordinadores). **Estudios Jurídico-Penales sobre Genética y Biomedicina**..., p. 268.

⁵⁸³ BEDNARSKI, Luiz. Op. cit., p. 4.

detención de dos meses a un año o multa. De ese modo, concluye Luiz Luisi que, *“maltratar uma planta ornamental ou infligir maus-tratos a animal são mais severamente apenados que os maus-tratos a um ser humano, pois o mínimo legal desse delito é inferior ao mínimo legal previsto relativamente aos animais e plantas”*.⁵⁸⁴

10.2.1.3 Delito de lesión corporal

Otra situación inusitada en la legislación penal brasileña es sobre el delito de lesión corporal, que al ser cometido de forma culposa en la conducción de vehículo automotor posee una pena más severa que en las hipótesis de lesión corporal dolosa simple, siendo que cualquier persona que tenga la más mínima noción jurídica sabe que un delito doloso es mucho más reprobable que un comportamiento ilícito imprudente. No obstante el nuestro legislador se olvidó o no tuvo conocimiento de esa regla elemental.

Dispone el art. 303, del Código de Tránsito Brasileño (Ley 9503/97), que causar lesión corporal culposa mediante el manejo de vehículo automotor constituye un delito sujeto a una pena de detención de seis meses a dos años, además de acarrear la suspensión o prohibición de se obtener carnet de conducir vehículo automotor. Observe que en el art. 129, párrafo sexto, del Código Penal, la lesión corporal culposa provocada con la utilización de cualquier otro medio, que no sea el vehículo automotor, tiene conminada la pena de detención de dos meses a un año. De ese modo, si un sujeto conduciendo imprudentemente su automóvil, atropellar una persona y acarrearle un pequeño daño en la pierna, se quedará incurso en el art. 303, del Código de Tránsito, pudiendo recibir una pena de hasta dos años de detención. Pero, caso venga a provocar el mismo daño a la integridad física de la víctima utilizando una hoz recibiría en el máximo un año de detención. El delito es el mismo, en ambos hay la presencia de una acción descuidada, de modo que el diferencial de pena está asentado en el medio utilizado por el agente, lo que, en

⁵⁸⁴ LUISI, Luiz. Criminalização do Verde. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, Ano II, n. 19, p. 47, 1998.

nuestra comprensión, no justifica ese tratamiento penal dispar, se constituyendo, de esa forma, en infracción a los principios de proporcionalidad e igualdad. Para el legislador es más grave la provocación culposa de lesión corporal empleando el automóvil, que de aquella advenida de cualquier otro instrumento, por ejemplo, de cuchillo, machado, veneno, fuegos de artificio, etc.

El principio de igualdad, entallado en el art. 5º, *caput*, de la Constitución Federal, es mas un elemento que debe ser obedecido por el legislador en el momento de la elaboración de las normas, debiendo él crear un Derecho igualitario para todos los ciudadanos, es decir, debe atribuyer consecuencias jurídicas idénticas a los individuos y hechos que poseen las mismas características. Enfatiza Canotilho que “*existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável*”.⁵⁸⁵ Pues, la sanción penal atribuida a la lesión culposa en la conducción de vehículo automotor de naturaleza bien más severa del que la prevista para las demás conductas imprudentes configuradoras del mismo delito, de forma alguna presenta un fundamento serio, legítimo y de fundamentos racionales, representando, de esa forma, una discriminación totalmente injustificada bajo el punto de vista jurídico.

Pero el aspecto más grave en términos de violación al principio de proporcionalidad está en la circunstancia, ya apuntada, de que en el art. 129, *caput*, del Código Penal, el legislador definió la lesión corporal dolosa simple, habiendo estipulado la pena de detención de tres meses a un año, o sea, márgenes que representan simplemente la mitad del que fue conminado a la lesión corporal culposa en la conducción de vehículo automotor (art. 303, del Código de Tránsito). Obsérvese la paradoja que puede provocar tal sistemática legislativa, totalmente desprovista de coherencia. Supóngase que un hombre estea manejando su automóvil a una velocidad comedida, sólo que en un determinado momento vió una bella mujer caminando por la acera y giró la vista para mirarla, e incluso profirió algunos piropos. En ese exacto instante una señora atravesaba la calle y el conductor, como estaba desatento contemplando a la mujer, acabó por atropellarla,

⁵⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim. Op. cit., p. 565.

provocando lesiones superficiales. Tendríamos aquí configurado el delito de lesión corporal culposa en la conducción de vehículo automotor, estando el agente incurso en el art. 303, del Código de Tránsito y que, una vez siendo condenado, podría acarrearle una pena de detención de seis meses a dos años. Sin embargo, si en esa misma situación fáctica, él tuviese actuado dolosamente ocurriría el hecho típico de lesión corporal simple, del art. 129, *caput*, del Código Penal, pues que el Código de Tránsito sólo disciplina ese delito en la forma culposa, y, de este modo, el agente, por increíble que pueda parecer, acabaría siendo beneficiado, una vez que recibiría una sanción penal considerablemente más blanda, a pesar de tratarse de delito intencional. Por lo tanto, sería una estrategia interesante el abogado del reo alegar que su cliente, en verdad, actuó con el propósito de provocar daños, suscitando una desclasificación de la lesión culposa para la dolosa, tesis que ciertamente generaría un cierto grado de desconfianza del cliente con su defensor. Todo porque esa percepción acerca del grado de lesividad de los hechos punibles, que regla general está presente en el sentido comun y en el foro íntimo de cada persona, aunque inducta en asuntos jurídicos, no fue constatada por el legislador penal, en la construcción del Código de Tránsito de 1997. Sin embargo, apunta acertadamente Pedro Krebs que, referida propuesta legislativa, a pesar de estar en plena vigencia, “*não poderá prevalecer frente aos dispositivos constitucionais do princípio da legalidade, da dignidade humana, da proporcionalidade e da igualdade*”.⁵⁸⁶

Debido al principio de división de poderes, compete al legislador elaborar las normas penales, siendo que el principio de legalidad por sí sólo no es un instrumento suficiente para impedir la reprobación de reglas excesivas o innecesariamente restrictivas de derechos fundamentales. Sin embargo, al realizar esa tarea, el legislador no puede disponer de amplia libertad, una vez que las normas deben estar en armonía con los demás principios que orientan el ordenamiento jurídico de un Estado Democrático de Derecho, debiendo, al conminar las penas para cada ilícito, observar los postulados de la proporcionalidad, igualdad y respeto a la dignidad humana. Como dice Enrique Bacigalupo son

⁵⁸⁶ KREBS, Pedro. A Inconstitucionalidade e Ilegalidade do Art. 303 da Lei N. 9.503/97 (Código de Tránsito Brasileiro). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 6, n. 70, p. 10, 1997.

inhumanas las penas que no guardan proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido y con la responsabilidad del autor. La desproporcionalidad, de todos modos, sólo quita legitimidad constitucional a la pena cuando sea una desproporcionalidad en perjuicio del autor. La que beneficia al autor no está afectada en su constitucionalidad.⁵⁸⁷

10.3 PROPORCIONALIDAD CONCRETA O JUDICIAL

También en la etapa judicial, para se alcanzar una criminalización legítima, debe ser observado el principio de proporcionalidad, de modo que el juez, en el instante en que esté individualizando la pena, tiene que ser consciente de que su grado debe ser acorde con la gravedad de la infracción penal y con la culpabilidad del agente, buscando encontrar un juicio adecuado entre la intensidad de la pena conminada y el daño social de la conducta tipificada, de modo que el condenado no sufra una punición que exceda el límite del mal causado por el ilícito cometido. Registra con propiedad José Antônio Paganella Boschi que,

embora sem aludir explicitamente à proporcionalidade, o princípio recebeu agasalho no sistema penal em vigor, conforme se depreende do art. 59, que determina fixação da pena-base conforme seja “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. É ainda com base no mesmo critério de necessidade e suficiência que se processa a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito ou multa (CP, art. 44) e, residualmente, a concessão do benefício do sursis (CP, art. 77).⁵⁸⁸

10.3.1 El Principio de Proporcionalidad y las Causas Extralegales Excluyentes de las Categorías del Concepto Analítico del Hecho Punible

En nombre del principio de proporcionalidad se admite que el juez excluya la tipicidad de comportamientos que no sean materialmente lesivos a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, sea por la adecuación social del comportamiento, o por la insignificancia de la lesión. En ese sentido aclara Maurício

⁵⁸⁷ BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal**, p. 30.

⁵⁸⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 71.

Antônio Ribeiro Lopes “*que aos julgadores é possível restringir a dureza das leis penais, interpretando-as em conformidade com a ordem constitucional*”.⁵⁸⁹

De ese modo, el juez, en sus decisiones, no puede interpretar el Derecho de forma inflexible, mediante el empleo de un rígido proceso silogístico de naturaleza puramente mecanicista, aplicando las normas jurídicas con un formalismo intransigente. En el ámbito del Derecho Penal, se recomienda al magistrado, en obediencia a los principios de proporcionalidad, intervención mínima y de su naturaleza subsidiaria fragmentaria, que dé apertura para el ingreso de *causas extralegales* que posibiliten la exclusión de las categorías de la conducta humana, de la tipicidad, de la ilicitud y de la culpabilidad.

Por lo tanto, a pesar de que no estén contempladas expresamente en el texto legal, el juez debe aceptar que las situaciones de *acto reflejo*, *estados de inconsciencia*, *coacción física irresistible (vis absoluta)*, *el caso fortuito* y la *fuerza mayor* funcionen como causas de ausencia de conducta, por falta del elemento voluntad, imprescindible para su configuración jurídico-penal, bajo la visión welzeliana.

En el plan de la tipicidad, que los *principios de insignificancia* y *adecuación social* sean vistos como factores estimuladores de su alejamiento.

El *principio de insignificancia* (“*Das Gerinfügigkeitsprinzip*”), elaborado por Claus Roxin, también conocido como *principio de bagatela*, expresión empleada por Klaus Tiedemann, propone que no se debe reconocer la presencia de la tipicidad de hechos que se encuadran en el tipo penal sólo en su aspecto formal, o sea, sin presentar un relieve de orden material. Para que ocurra la tipicidad es imprescindible la constatación de la efectiva proporcionalidad de comportamiento realizado por el agente y el efecto drástico de la intervención penal conminada a él en la legislación criminal. Caso la respuesta estatal fijada venga a se presentar de forma rigurosa y descomunal, considerando la inequívoca irrelevancia de la lesión producida, se daría

⁵⁸⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. p. 428.

por excluida la tipicidad, asentada en el principio de insignificancia, considerando que el bien jurídico penalmente tutelado no llegó a ser seriamente ofendido.

Evidentemente que el legislador al construir los tipos penales incriminadores objetiva sancionar solamente los comportamientos que acarrear un daño o peligro de daño a un bien jurídico clasificado como de relieve para el Derecho Penal. Sin embargo, debido al carácter abstracto y genérico de la norma penal, él no tiene como evitar que ella alcance conductas insignificantes, es decir, impedir la subsunción formal de la norma en casos concretos de escasa lesividad. El principio de insignificancia es utilizado por el juzgador justamente para corregir esas inseparables imperfecciones de la norma penal, funcionando, así, como un mecanismo hermenéutico que restringe la incidencia del tipo incriminador, impidiendo, de este modo, que se vulgarice el Derecho Penal, ya que su observancia por parte de los magistrados va reforzar su tradicional carácter de *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

De ese modo, enfatiza Roxin que a través de él se

permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal, sino solamente uno relevante; análogamente deshonesto en el sentido del Código penal es sólo la acción sexual de una cierta importancia, injuriosa en una forma delictiva es sólo la lesión grave a la pretensión social de respeto. Como “fuerza” debe considerarse únicamente un obstáculo de cierta importancia, igualmente también la amenaza debe ser “sensible” para pasar el umbral de la criminalidad.⁵⁹⁰

En Brasil, el Superior Tribunal de Justicia ya admitió el empleo del principio de insignificancia involucrando el art. 16 de la Ley de Tóxicos (Ley 6368/76) que prevé el delito de “*adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*” (Cabe acordar que la nueva Ley de Tóxicos, Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, aún en plazo de vacante cuando escribía este texto, el delito de usuario de drogas está tipificado en el art. 28,

⁵⁹⁰ ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. p. 53.

como ya hemos visto).Decidió la 5º Turma del mencionado órgano jurisdiccional, teniendo como Relator el Ministro José Dantas, por la atipicidad del hecho a causa de la ínfima cantidad de marihuana en cuyo uso se vió en flagrante el agente.⁵⁹¹

En el Supremo Tribunal Federal igualmente ya fue aplicado el principio de la insignificancia, cuando su 2ª Turma, teniendo como Relator el Ministro Marco Aurélio, recientemente decidió que *“uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa. A isto direcionam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”*.⁵⁹²

Véase, también, decisión de la 8ª Cámara Criminal del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul, teniendo por Relator el Desembargador Sylvio Baptista, que absolvió, basándose en el principio de insignificancia, dos agentes que habían hurtado veintiuna calabazas, evaluadas en quince reales (Acr 70006845879), habiendo sido objeto de embargos de declaración promovido por los Procuradores de Justicia, que resultó en el siguiente acuerdo:

a alegação dos representantes do MP que o colegiado foi omisso nos fundamentos jurídicos que possibilitaram a aplicação do princípio da insignificância não tem procedência. O acórdão, citando doutrina e jurisprudência, está motivado. Afinal, sabe-se, ou deveriam sabê-lo, que a idéia de afastar o direito penal destes fatos irrelevantes é uma criação da doutrina que vem sendo acolhida pelos tribunais. Não existem dispositivos legais a respeito. Embargos rejeitados. Unânime.⁵⁹³

Sin embargo, somos contrarios a una línea jurisprudencial que se está formando en nuestro país y que ha exigido como requisito para la aplicabilidad del principio de insignificancia como factor excluyente de la tipicidad, además de la ausencia del desvalor del resultado producido, que el agente posea culpabilidad, antecedentes, conducta social y personalidad favorables y que los motivos,

⁵⁹¹ RHC n. 7205/RJ, DJU 18.05.98, p. 116, in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, N. 67, Ano 6, São Paulo, 1998, p. 262.

⁵⁹² HC n. 77.003/PE, Informativo n. 122, in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, N. 72, Ano 6, São Paulo, 1998, p. 301.

⁵⁹³ TJRS – EDcl 70007545148 – 8ª C. Crim – Rel. Des. Sylvio Baptista – J. 19/11/2003.

circunstancia y consecuencias del delito indiquen que él sea merecedor de la absolución.⁵⁹⁴

Resalta Hassemer que “el sistema del hecho punible vincula el juez penal a un orden que tiene que seguir a la hora de comprobar la punibilidad de un comportamiento humano”.⁵⁹⁵ Quien proporciona al juez los elementos que deben ser apreciados para la verificación de la presencia o no de la infracción penal en el caso concreto es la Teoría General del Delito, que mediante la interpretación de la legislación penal, presenta las características comunes a todos los hechos punibles.

Tradicionalmente la doctrina penal ha definido analíticamente la infracción penal como siendo una conducta humana, típica, ilícita y culpable, siendo éstos, según Jescheck, “*los presupuestos jurídicos generales de la punibilidad de una acción*”.⁵⁹⁶ Se trata de una construcción doctrinal con vistas a facilitar el trabajo del juez, de modo que, subraya Zaffaroni, “*esta definición del delito como conducta típica, antijurídica y culpable, nos da el orden en que debemos formularnos las preguntas que nos servirán para determinar en cada caso concreto si hubo o no delito*”.⁵⁹⁷

Así el juez debe obedecer esa secuencia de elementos para constatar la presencia o no de la infracción penal, de modo que, después de comprobar que hubo una conducta comisiva u omisiva de relieve para el Derecho Penal, realizada bajo el dominio de la voluntad, debe él investigar la categoría de la tipicidad y es en ese instante que el principio de insignificancia puede ser invocado como causa de exclusión, por la absoluta falta de un grado de lesividad intenso en el comportamiento realizado por el agente. En ese análisis el juez debe restringirse a ese aspecto de naturaleza objetiva, no pudiendo en ella incorporar elementos estructurales pertenecientes a los segmentos de la ilicitud y culpabilidad, y apreciarlos en momento posterior. De ese modo enfatiza acertadamente Vinícius de Toledo Piza Peluso que

⁵⁹⁴ Revista dos Tribunais N. 664, p. 285 e Revista dos Tribunais N. 714, p. 381.

⁵⁹⁵ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**..., p. 254.

⁵⁹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**..., p. 263.

⁵⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**..., p. 257.

a consideração pelo juiz dos elementos do desvalor da culpabilidade do agente, tais como a culpabilidade, primariedade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, conseqüências, circunstâncias etc., nos termos do art. 59 do CP, no momento da análise da aplicação do princípio da insignificância, nada mais é do que a subversão da “ordem sistemática” e do “caráter seqüencial” da teoria geral do delito, eis que o conteúdo da culpabilidade está sendo valorado em momento e local inadequados, qual seja, a tipicidade.⁵⁹⁸

Ya el *principio de adecuación social* parte del presupuesto de que el juez puede excluir la tipicidad de determinadas conductas que, a pesar de que no se moldan en la norma penal incriminadora bajo el punto de vista formal y que presentan una cierta carga de lesividad, son comportamientos reputados socialmente adecuados, siendo así, desprovistos de la necesaria relevancia material, para que puedan ser penalmente reprobados. En ese sentido pondera Welzel, su idealizador, que las

acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni aun cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra; son las llamadas acciones socialmente adecuadas. Socialmente adecuadas son todas las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia.⁵⁹⁹

De ese modo, por ejemplo, la madre que punciona la oreja de su hija para poner aretes, el dentista que extrae un diente de una persona, el médico que realiza una intervención quirúrgica en su paciente, el jugador de fútbol que en la disputa por el balón cometió una falta violenta haciendo una fractura en la pierna del adversario, el boxeador que noqueó su desafiante, después de lanzar una violenta puñada, son situaciones que se ajustan plenamente, bajo el punto de vista formal, en el art.129, *caput* y párrafos, del Código Penal brasileño, dispositivo que define el delito de lesión corporal. Sin embargo, asevera Ney Moura Teles, en todos estos casos fácticos, “*à toda evidência, não podem constituir nenhum ilícito penal*”,⁶⁰⁰ una vez

⁵⁹⁸ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. A Objetividade do Princípio da Insignificância. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 9, n. 109, p. 12, 2001.

⁵⁹⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. p. 63.

⁶⁰⁰ TELES, Ney Moura. Op. cit., v. 1, p. 216.

que son comportamientos plenamente aceptados y tolerados por el grupo social, haciendo con que no se complete la llamada tipicidad material.

De la misma forma, con base en el principio de adecuación social, no podríamos aceptar que un particular fuese procesado por corrupción activa (art. 333, del Código Penal), por haber ofrecido una gratificación de pequeño valor al cartero, por la eficiencia de su servicio, que, al recibir, tampoco estaría cometiendo el delito de corrupción pasiva (art. 317, del Código Penal), por se tratar de una conducta común en la colectividad. Resalta Bacigalupo que *“los tipos penales sólo deben incluir las conductas que caen fuera del orden social aceptado; en la medida en que la conducta, a pesar de ser lesiva del orden jurídico, caiga todavía dentro del orden social, no debe ser alcanzada por la descripción contenida en el tipo penal”*.⁶⁰¹

Basándose en tales argumentos el Tribunal de Alzada Criminal de São Paulo decidió que

a contravenção do ‘jogo do bicho’ (art. 58, do Decreto-lei 3.688/41), em nosso País, pelo menos em relação aos chamados ‘apostadores’ e ‘cambistas’, tornou-se infração totalmente fora de moda e apêndice do pensamento do legislador ao tempo mais ou menos remoto em que foi elaborada a lei. Hoje, não mais se justifica, uma vez que, quando um fato, embora típico, se ajusta às exigências próprias das concepções da cultura de um povo, não mais tem razão de ser considerado antijurídico.⁶⁰²

Acerca de la naturaleza jurídica del *principio de adecuación social* hay una divergencia en la doctrina sobre si constituye una causa que excluye la tipicidad o una hipótesis que elimina la antijuricidad, habiendo el propio Welzel, su más vehemente defensor, vacilado por un determinado instante, hasta optar, finalmente, por el entendimiento de que representa una situación que acarrea la atipicidad del hecho. En su obra *“Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre”* (1961), Welzel aseveró que

⁶⁰¹ BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la Teoría del Delito**, p. 68.

⁶⁰² TACRIM-SP – AC – Relator Desembargador Renato Talli – Revista dos Tribunais N. 605, p. 331.

la adecuación social es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito 'normal' de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas aunque pudieran ser aún subsumidas en ellos – según su tenor literal.⁶⁰³

Modernamente, desde una perspectiva de la actual sociedad de riesgo, se concibe como forma de enfrentamiento a las hipótesis de daños potenciales decurrentes de los complejos y tecnificados sistemas sociales contemporáneos y, consecuentemente, del incremento de actividades nuevas, muchas de ellas útiles, pero, por otro lado, extremadamente de riesgo, la estructuración de un Derecho Penal de peligro, que muchas veces, se ha manifestado como un *Derecho Penal ejemplarizante, promocional y simbólico*. Tal modelo, conforme hemos visto, se caracteriza, fundamentalmente, por la creación de normas incriminadoras cautelares direccionadas a impedir la transformación de las situaciones de riesgo en daños efectivos, con vistas a tutelar nuevos y complejos bienes jurídicos, a través, fundamentalmente, del adelantamiento de la actuación punitiva del Estado, autorizando el castigo de conductas peligrosas por sí mismas, aunque sin vínculos con un hecho lesivo, lo que ha llevado hasta un estado de preocupante crisis del Derecho Penal, por su proceso de demasiado crecimiento. Sin embargo, en ese contexto, hay un espacio para lo que se ha denominado de “riesgo permitido”, noción próxima del aludido principio de adecuación social, representativo de determinados comportamientos peligrosos o lesivos que, además de eso, se clasifican como socialmente necesarios o útiles, incluso por la imposibilidad natural y técnica de eliminar absolutamente las amenazas de todos los peligros posibles para los bienes jurídicos tutelados por el sistema punitivo. Sobre el tema de inserción del Derecho Penal en la llamada sociedad de riesgo, aclara Jaime Peris Riera:

en el marco jurídico general, se asiste a lo que ya denominan una “*socialización de los riesgos*” caracterizada por el dato de que ningún riesgo es tolerado y que cualquier daño debe ser indemnizado. De hecho, en determinados sectores, como por ejemplo el medio ambiente o el tráfico rodado, se produce a nivel mundial una multiplicación de los esfuerzos del legislador para intentar prevenir y planificar todas las eventualidades

⁶⁰³ WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal**. Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista. Barcelona: Ariel, 1964. p. 55-56.

posibles de modo que ninguna quede sin reparación. Frente a ello, y en el específico ámbito de la responsabilidad penal, se parte de la existencia de un cierto nivel de peligro para bienes jurídicamente protegidos tanto en el desarrollo de gran número de las actividades cotidianas de nuestra vida social (especialmente aquellas necesitadas de medios tecnológicamente avanzados), como en el ejercicio cotidiano de derechos, y se pretende defender por un importante sector doctrinal que, ciertas conductas peligrosas o lesivas para bienes jurídicos, pese a ello, resultan permitidas “en virtud de consideraciones de ponderación de los intereses concurrentes”.⁶⁰⁴

Tratándose de la categoría de la antijuridicidad el juez debe dar espacio para que el *consentimiento del ofendido*, que recaiga sobre bienes jurídicos disponibles, actúe como su excluyente, aunque referida causa no esté determinada expresamente en la legislación penal. Sin embargo, resalta Muñoz Conde que, para que se pueda reconocer el consentimiento del ofendido como factor de justificación es imprescindible que el juez contacte, en el caso concreto, los siguientes requisitos:

1) Facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios. Esta facultad es cuestionable respecto de determinados bienes jurídicos como la vida o la integridad física. 2) Capacidad para disponer, que no tiene que coincidir necesariamente con la capacidad civil, pero que igual que esta exige algunas facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente. 3) Cualquier vicio esencial de la voluntad del que consiente (error, coacción, engaño, etc.) invalida el consentimiento. 4) El consentimiento ha de ser dado antes de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa a su amparo. Cualquier tipo de error sobre la existencia del consentimiento debe ser tratado conforme a las reglas generales del error en las causas de justificación.⁶⁰⁵

Otra situación supralegal que puede ser aceptada como excluyente de la ilicitud es el “*derecho de resistencia*” por parte de los reclusos para justificar sus reacciones lesivas contra la “*barbarie*” del sistema carcelario, que constituye una de

⁶⁰⁴ PERIS RIERA, Jaime. Delitos de peligro y sociedad de riesgo: Una constante discusión en la dogmática penal de la última década. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; ROSAL BLASCO, Bernardo del; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; et al. (Coords.). **Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo Del Rosal**. Madrid: Dykinson, 2005. p. 692-693.

⁶⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría General del Delito**. p. 122.

las formas de manifestación de lo que Ruth Maria Chittó Gauer clasificó, incisivamente, de “violencia institucionalizada” por el Estado.⁶⁰⁶

A propósito, sugiere Salo de Carvalho, en oportuno estudio sobre el tema, que

enquanto a dogmática jurídica não potencializa instrumentos (v.g ação civil pública) para obrigar o Estado ao cumprimento de seu dever em sede de execução penal, cremos que a única alternativa admissível para o resgate dos direitos dos apenados é a inclusão do direito de resistência entre as causas supralégais de exclusão do delito, assim como os já consagrados princípios da insignificância, adequação social, consentimento do ofendido e inexigibilidade de conduta diversa.⁶⁰⁷

En lo que tiene que ver con el plan de la culpabilidad, al lado de las causas de inexigibilidad de comportamiento adecuado al derecho expresamente previstas en ley, es decir, la coacción moral irresistible y la obediencia jerárquica, ambas insertadas en el art. 22, del Código Penal brasileño, el juez debe aceptar otras no codificadas. Son ellas el *estado de necesidad exculpante*, una vez adoptándose la teoría diferenciadora objetiva, en que el agente sacrifica bien de igual valor o mayor valor que el protegido en circunstancias tales que no era razonable exigirse conducta diversa y el *exceso intensivo excusable de la legítima defensa*, derivado del miedo o de la perturbación de ánimo del agente. Por lo tanto, como dice Günter Stratenwerth, “*todo juicio sobre la culpabilidad de otro contiene ya un momento de generalización en tanto y en cuanto el presupuesto de que el sujeto hubiera podido obrar de otra manera es siempre una cuestión de interpretación*”.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ GAUER, Ruth Maria Chittó. Alguns Aspectos da Fenomenologia da Violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó Gauer; GAUER, Ruth M. Chittó (orgs). **A Fenomenologia da Violência**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 17-18.

⁶⁰⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**: Uma Leitura de Luigi Ferrajoli no Brasil..., p. 255.

⁶⁰⁸ STRATENWERTH, Günter. **El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad**. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980. p. 121.

10.3.2 El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia

El profesor Ingo Sarlet, disertando sobre el tema, destaca algunas importantes posiciones en el campo criminal tomadas por los órganos jurisdiccionales brasileños, respaldadas, fundamentalmente, por el principio de proporcionalidad. En primer lugar, recuerda la decisión del Superior Tribunal de Justicia, que deliberó por el cancelamiento de la Súmula 174, que determinaba la aplicabilidad de la causa de aumento de pena en el delito de robo, cuando el agente emplea arma de juguete. Tal Súmula, en su visión, violaba “*vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, e art. 1º do Código Penal), do ne bis in idem, e da proporcionalidade da pena*”.⁶⁰⁹

Otra interesante aplicación judicial de ese postulado, también festejada por el mismo autor, está en el entendimiento de que hay violación a los principios de isonomía y de proporcionalidad en la dosimetría de la pena del hurto calificado en comparación con la sanción prevista para el robo mayorado. El art. 155, párrafo 4º, de Código Penal, define el hurto calificado en los siguientes términos: “*a pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido: I- com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II- com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III- com emprego de chave falsa; IV- mediante o concurso de duas ou mais pessoas*”. A su vez el robo mayorado se encuentra tipificado en el art. 157, párrafo 2º, del Código Penal, “*in verbis*”:

a pena aumenta-se de um terço até metade: I-se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II- se há o concurso de duas ou mais pessoas; III- se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância; IV- se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; V- se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

⁶⁰⁹ SARLET, Ingo. Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição do Excesso e de Insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, Ano 3, n. 12, p. 112, 2003.

Véase, por ejemplo, que el concurso de dos o más personas en el hurto tiene un tratamiento penal más enérgico que el robo, pues que en el primer funciona como calificadora, doblando la pena, mientras que en el segundo, delito más grave, representa una mera causa de aumento de pena. De ese modo el reconocimiento de la mencionada calificadora en el hurto toca el principio de proporcionalidad, una vez se cotejando la misma hipótesis funcionando como mayorante del robo. Para corregir tal defecto legislativo, debe el juzgador en caso de apreciar un hurto cometido por dos o más personas, aplicar no la calificadora prevista en el párrafo 4º, del art. 155, del Código Penal, sino la causa de aumento de pena catalogada para la misma situación en el robo. En ese sentido, véase la siguiente decisión proferida por la 5ª Cámara del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul: “*agride os princípios da proporcionalidade e da isonomia o aumento maior da pena ao furto em concurso de que ao roubo em igual condição. Aplica-se o percentual de aumento deste àquele. Atenuante pode deixar a pena aquém do mínimo abstrato. Deram parcial provimento aos apelos*”.⁶¹⁰

Destaca Lênio Luiz Streck que mencionado acuerdo

demonstra a dramática (e por que não dizer escandalosa) inadequação do conjunto de leis infraconstitucionais (em especial o Código Penal) ao novo modelo estabelecido pelo novo texto constitucional, o que deve provocar profunda angústia nos juristas preocupados com uma dogmática jurídica crítica e construtivista.⁶¹¹

10.4 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA EJECUCIÓN PENAL

Cabe dejar registrado, la necesidad de la observancia de ese principio también en la ejecución de la pena, debiendo estar presente, por ejemplo, en el instante de la aplicación de sanciones por el cometimiento de faltas disciplinarias (arts 44-59, de la Ley de Ejecución Penal), en la decisión de someter el condenado a régimen diferenciado (art. 52, de la Ley de Ejecución Penal), en las revocaciones de

⁶¹⁰ Apelação-Crime n. 70000284455 – 5ª Câmara Criminal. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho.

⁶¹¹ STRECK, Lênio Luiz. A Filtragem Hermenêutica-Constitucional do Direito Penal: Um Acórdão Garantista. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, Ano 1, n. 01, p. 142, 2001.

la redención (art. 127, de la Ley de Ejecución Penal), de la suspensión condicional de la pena (art. 81, del Código Penal y art. 162, de la Ley de Ejecución Penal) y de la libertad condicional (arts. 86-87, del Código Penal y arts. 140-145, de la Ley de Ejecución Penal), también como en la conversión de las penas restrictivas de derechos en privativas de libertad (art. 44, párrafos 1º y 2º del Código Penal).

En el caso, por ejemplo, de la regresión del régimen, la Ley de Ejecución Penal, en su art. 118, I, establece como una de las situaciones incentivadoras de la transferencia de un régimen más blando para otro más riguroso, la práctica por el agente de un hecho definido como delito doloso. Sostenemos que también aquí pueda ser utilizado el principio de insignificancia, en el sentido de que si, llegado el caso, el condenado ha cometido un hecho tipificado como infracción penal, pero desprovisto de intensa carga ofensiva al bien jurídico tutelado, esté el juez de ejecución penal autorizado a mantenerlo en el régimen en el cual ya estaba cumpliendo la pena de prisión, negando, de ese modo, la regresión penitenciaria. Referido posicionamiento ya ha sido recepcionado por la 5ª Cámara del Tribunal de Justicia del Estado do Rio Grande do Sul. Véase, por ejemplo, la siguiente decisión: *“agravo em execução penal. Não se regride regime carcerário quando o novo crime é insignificante, pena de agressão ao princípio da proporcionalidade. Inteligência do art. 118, I, da Lei das Execuções Penais. Agravo provido para reestabelecimento de regime semi-aberto”*.⁶¹²

Otra situación, destacada por Geraldo Prado, que puede infringir el principio de proporcionalidad de la pena, en su fase ejecutoria, es sobre la pérdida de los días de condena redimidos por el trabajo penitenciario, en la hipótesis de comisión de falta grave, en los términos del art. 127, de la Ley 7210/84, que, en muchos casos, puede representar un acréscimo de pena superior a la de muchos delitos tipificados en la legislación brasileña. Informa Geraldo Prado que

enfrentando a questão no Rio de Janeiro, o juiz Marco Aurélio Belizze, em decisão fundada na equidade, reconheceu o excesso imprevisto para o legislador (excesso culposo, provavelmente) e, aplicando por analogia as

⁶¹² Agravo n. 298007113, 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho.

condições do indulto, encontrou solução razoável, que não importou em sacrifício inconstitucional da posição jurídica do condenado, limitando a perda dos dias trabalhados aos doze últimos meses, parâmetro inspirado nos decretos de indulto (Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, processo no. 90/02843-2, decisão de 10/7/1998).⁶¹³

⁶¹³ PRADO, Geraldo. A Execução Penal e o Sistema Acusatório. In: CARVALHO, Salo de (org). **Crítica à Execução Penal**. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 481.

Capítulo 11

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

11 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

11.1 SENTIDO E IMPORTANCIA

El Derecho Penal moderno erigió el principio de culpabilidad, proclamado por la doctrina alemana (“*Schuldprinzip*”), como una de las bases legitimadoras y limitadoras del poder punitivo peculiar al Estado Democrático de Derecho. A pesar de no estar expresamente configurado en el texto constitucional brasileño, estamos de acuerdo con Luiz Régis Prado cuando afirma que

encontra-se ele implicitamente agasalhado, em nível constitucional, no art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos arts. 4º, II (prevalência dos direitos humanos), e 5º, caput (inviolabilidade do direito à liberdade), da Constituição Federal. Vincula-se, ainda, ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF) que veda o mesmo tratamento ao culpável e ao inculpável.⁶¹⁴

Se podría añadir, aún, que el principio de culpabilidad está entallado también en el art. 5º, LVII, que consagró el principio del estado de inocencia, al estipular que sólo se puede afirmar que una persona es culpada después del pasado en juzgado de la sentencia penal condenatoria. Se registra, también, que el art. 5º, XLVI, de la Constitución brasileña, fijador, como hemos visto, del principio de individualización de la pena, específicamente en su etapa judicial, posee lazos estrechos con el postulado de la culpabilidad, pues que representa el presupuesto y uno de los elementos que son aferidos por el juez para la aplicación de la sanción penal.

La importancia del principio de culpabilidad está en la necesidad de se exigir la subjetivación de la responsabilidad penal, alejando la reprobación asentada en criterios puramente objetivos o basada en simples presunciones. Reposa, también,

⁶¹⁴ RÉGIS PRADO, Luiz. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Parte Geral. p. 78.

en la idea de que la pena se destina exclusivamente a las personas físicas, únicas dotadas del poder de tener autodeterminación y de establecer un vínculo psicológico con el resultado ilícito, o sea, una relación personal con el hecho, se excluyendo, por lo tanto, los animales, objetos inanimados y las personas jurídicas como posibles protagonistas de infracciones penales.

Conviene que se deje bien claro que cuando se habla en principio de culpabilidad, no estamos refiriéndonos a la culpabilidad como categoría perteneciente al concepto analítico del delito, al lado de los compartimientos de la conducta, tipicidad e ilicitud. El principio de culpabilidad aquí entendido supone, enseña Guillermo J. Yacobucci,

la determinación de la imputación subjetiva sobre la base de que el hecho le 'corresponde' al autor, que no hay imputación por meros resultados, distinguiendo culpabilidad de azar o casos fortuitos y diferenciando además los grados de participación en el delito; congruente con ello, hacer proporcionales las consecuencias jurídicas con esos grados de participación.⁶¹⁵

A través de ese principio sobresalen las garantías de que sólo se podrá censurar penalmente un hecho tipificado en la ley penal, cuando estuvier constituido por dolo o culpa de un ser humano, imponiéndose, de ese modo, además de la imputación objetiva, la necesaria verificación del nexo subjetivo del agente con el hecho (responsabilidad subjetiva). A propósito, señala con claridad José Miguel Zugaldía Espinar, en el Derecho Penal

la producción 'objetiva' de un determinado resultado lesivo para los bienes jurídicos (causación de la muerte de otro, o de una lesión corporal o de daños en las cosas) no es suficiente para que el autor que ha producido el resultado pueda ser sancionado con una pena: es necesario, además, y como mínimo, que ese resultado haya sido querido por el autor (vale tanto como decir que haya sido causado con dolo), o haya sido al menos previsible para él (vale tanto como decir que haya sido causado negligentemente, por culpa o imprudencia). Si el autor ha causado el resultado sin quererlo y, además, sin poderlo prever (fortuitamente), la conducta no podrá ser penada: se excluye así totalmente la denominada

⁶¹⁵ YACOBUCCI, Guillermo J. Op. cit., p. 313.

‘responsabilidad objetiva’, esto es, la responsabilidad por las conductas realizadas o por los resultados sin dolo ni culpa.⁶¹⁶

De ese modo, dispone el art. 19, del Código Penal brasileño que “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

Tal enunciado objetiva informar que no se aplica la cualificadora de alguna infracción penal, cuando el resultado viene de caso fortuito o fuerza mayor, aunque haya la comprobación de la relación de causalidad.

Con eso, ejemplifica Victor Eduardo Rios Gonçalves, en la eventualidad de la víctima secuestrada morir porque un rayo cayó en la casa donde era mantenida en cautiverio, “*não se aplica a qualificadora da morte para os seqüestradores (art. 159, § 3º), uma vez que houve hipótese de caso fortuito*”.⁶¹⁷

En el sistema punitivo español el modelo de la culpabilidad por el acto está acogido expresamente en el art. 5º del actual Código Penal, cuando estipula que “*no hay pena sin dolo o imprudencia*”. Pero, señala Miguel Polaino Navarrete que el legislador del Código de 1995 configuró determinados tipos delictivos de acuerdo con la teoría de la responsabilidad objetiva por el resultado, basado en el postulado clásico del *versari in re illicita*, lo que ocasionó flagrante incoherencia con los principios inspiradores del ordenamiento jurídico español. Ejemplifica el autor con la hipótesis del

delito de revelación de secretos o informaciones por parte de autoridad o funcionario descrito en el art. 417 CP de 1995, el cual en su apartado 1, párrafo 2º, dice: ‘si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será...’. La expresión legal ‘resultara’ determina la exigencia de mera relación de causalidad, de modo que el tipo es cualificado por el resultado, que no requiere la presencia de dolo o culpa por la índole impersonal, mecanicista y objetiva de la aludida referencia positiva del verbo descriptivo del núcleo de la acción. Tan relevante defecto dogmático de cualificación por el resultado, que omite las exigencias inherentes al principio de culpabilidad, se hace

⁶¹⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 250.

⁶¹⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal...**, p. 57.

extensivo al plano de la penalidad, y comporta una auténtica exasperación desorbitada de la pena. En efecto, de las penas de inhabilitación y multa correspondientes al tipo básico, se trasciende a las mucho más severas penas de prisión de 1 a 3 años e inhabilitación especial de 3 a 5 años.⁶¹⁸

Recuerda Jaime Peris Riera que

las visiones históricas del principio “*versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*” (Von Bar, Löffler, H. Kollmann) atribuyen su primera aparición a la “*Summa Decretalium*” de Bernardus Papiensis, entre los años de 1191 y 1198; otras opiniones, menos admitidas, le reconocen incluso un origen anterior.⁶¹⁹

Todas esas restricciones vienen de la propia función que está otorgada al Derecho Penal, que es tutelar los bienes jurídicos fundamentales a través del mecanismo disuasorio de la amenaza de la pena, de modo que admitir la punición de la causación exclusivamente objetiva de resultados imprevisibles e inevitables, se presentaría una operación inútil e ineficaz. Como dijo Santiago Mir Puig, en tal situación, “*la pena desbordaría el fundamento funcional del *ius puniendi*, al no hallarse justificada por su necesidad*”.⁶²⁰

Se veda, igualmente, el castigo por el mero carácter o personalidad del individuo, se negando, todavía, la actuación del nefasto y arbitrario “Derecho Penal del autor”, en que los tipos penales están fundados no en la descripción de acciones punibles, pero en características personales, debiendo, por lo tanto, reinar y ser preservado, en el campo criminal, el postulado de la “culpabilidad por el hecho”. En ese sentido subraya Jescheck que la esencia de la culpabilidad no está ubicada “*en un defecto del carácter adquirido culpablemente, por la forma en que se ha conducido la vida (‘culpabilidad por la conducción de la vida’), sino en que el autor ha sucumbido a la tentación en la situación concreta y se ha hecho culpable a través*

⁶¹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Fundamentos Dogmáticos...**, p. 303.

⁶¹⁹ PERIS RIERA, Jaime. **La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual** (Tendencias restrictivas en favor de la penetración en el elemento subjetivo). Valencia: Tirant lo blanch, 1994. p. 88-89.

⁶²⁰ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las Bases del Derecho Penal...**, p. 153.

de su hacer (*'culpabilidad por el hecho'*).⁶²¹. De la misma forma refuerza Miguel Polaino Navarrete que “*el Derecho penal moderno es un Derecho penal de acto (Tatstrafrecht) y no de autor (Täterstrafrecht) ni de la voluntad (Willensstrafrecht) o de ánimo (Gesinnungsstrafrecht)*”.⁶²²

Despunta también como consecuencia del principio la idea de que la culpabilidad debe funcionar como instrumento justificador y balizador de la pena.

La culpabilidad como fundamento de la pena significa que el juez está autorizado a aplicar la sanción penal solamente a partir del instante en que constata la presencia de los elementos consustanciales a la reprobación del autor por la práctica del hecho típico e ilícito, en circunstancias tales que permitían a él tener conportadose plenamente de acuerdo con el Derecho, o sea, cuando él tenía una capacidad normal y racional de motivación.

Ya la culpabilidad funcionando como instrumento medidor de la pena, en que se percibe un vínculo intenso con el principio de proporcionalidad, representa la regla que, observan Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, “*impida que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de unos límites que vienen impuestos por la idea misma de la culpabilidad, además de por otros criterios como la importancia del bien jurídico protegido, los fines preventivos, etc.*”.⁶²³ Por consecuencia, en la etapa de aplicación judicial de la pena, refuerza nuevamente con propiedad José Miguel Zugaldía Espinar,

el Juez o Tribunal debe tener en cuenta que por muy necesaria que pueda ser la pena en el caso concreto desde el punto de vista preventivo general (v. gr. por la alta frecuencia con la que se cometen esa clase de delitos), o desde el punto de vista preventivo especial (v. gr. por la alta posibilidad de recaída en el delito), nunca la pena puede exceder del límite de la que resulte adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor, esto es, del límite de la que merezca el autor teniendo en cuenta la intensidad con la que – habida cuenta sus circunstancias de motivación – puede ser responsabilizado del hecho.⁶²⁴

⁶²¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal...**, p. 30.

⁶²² POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Fundamentos Dogmáticos...**, p. 296.

⁶²³ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 93.

⁶²⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de Derecho Penal...**, p. 247-248.

En síntesis, como muy bien subrayó Francesco Palazzo, “a ‘virtude’ constitucional do princípio de culpabilidade é dúplice, inscrevendo-se ora como fundamento da pena e do próprio jus puniendi, ora como limite da intervenção punitiva do Estado”.⁶²⁵

Cabe resaltar que la culpabilidad refuerza, también, el contenido del principio de personalidad de la pena, que, como vamos a ver, prohíbe la responsabilidad penal de alguien por un hecho cometido por otro. Ante al expuesto, afirma Yacobucci,

la culpabilidad es el presupuesto de la pena y que, por lo tanto, esta no puede ser impuesta si no se han satisfecho las exigencias objetivas y subjetivas previstas penalmente. De esa forma, la pena se vincula de manera personal con el sujeto imputado, resultando inconstitucional toda responsabilidad objetiva o meramente solidaria en el campo del derecho penal.⁶²⁶

11.2 INFRACCIONES AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL SISTEMA PUNITIVO BRASILEÑO

Vamos ahora apuntar algunas situaciones jurídicas encontradas en la legislación penal brasileña que, a nuestro juicio, violan el principio de culpabilidad, por desrespetar algunas de las orientaciones ya expuestas.

11.2.1 La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica

Conforme ya dicho, la responsabilidad penal de la persona jurídica floreció en nuestro país con la reprobación de la Ley 9605/98, que, reglamentando el art. 225, párrafo 3^o, de la Constitución Federal, estableció expresamente la posibilidad de una sociedad ser procesada criminalmente en caso de desarrollar actividades lesivas para el medio ambiente.

⁶²⁵ PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 52.

⁶²⁶ YACOBUCCI, Guilherme J. Op. cit., p. 325.

Afuera de las anteriormente mencionadas incompatibilidades de ese cuerpo normativo con los principios de legalidad, fragmentariedad, intervención mínima y de proporcionalidad, debido a su absoluta falta de sistematización y racionalidad jurídica, se percibe, en su conjunto, igualmente, cuando trae esa innovación de política criminal pertinente a la criminalización de las corporaciones, un ataque frontal al postulado del “*nulla poena sine culpa*”.

Se trata, en nuestra comprensión, conforme vamos a ver, de una auténtica hipótesis de responsabilidad penal objetiva, fundamentada en lo que el sistema jurídico norteamericano, en la cual se prevé ampliamente la punición de las sociedades, denomina de “*strict liability*”.

Concebimos que lo ideal y correcto sería restringir la responsabilidad penal a las personas naturales, tal como hacen las legislaciones alemana, italiana y española y, en Latinoamérica, los Códigos de Bolivia, Nicaragua, Costa Rica, Colombia y Perú, países en los cuales es plenamente vigente la regla de la “*societas delinquere non potest*”.

Partimos de la base teórica que adopta el supuesto de que para las personas jurídicas son suficientes las puniciones oriundas de instrumentos administrativos, civiles, laborales y tributarios, que, en ese contexto, presentan una doctrina más dinámica y eficaz, así como mecanismos sancionatorios menos costosos para el Estado y que se muestran mucho más positivos, eficientes y adecuados con los principios constitucionales, que los recursos coercitivos provenientes del Derecho Penal.

En Brasil, la opción por la criminalización de los entes societarios en el campo de los ilícitos contra el medio ambiente, viene de una interpretación errónea del mencionado art. 225, párrafo 3º, de la Constitución Federal, que estipula que “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”.

En nuestro pensar el legislador constituyente en ningún momento quiso, en tal dispositivo, extender a las personas jurídicas la responsabilidad penal, una vez que

al insertar la expresión “conductas” pretendió relacionarlas con la persona física, atribuyendo la primera de las sanciones indicadas en el enunciado, las de naturaleza penal; ya cuando habló en “actividades”, estaba asociando a las personas jurídicas, igual como al segundo grupo de medidas coercitivas expuesto, es decir, de las sanciones de carácter administrativo. Esto significa decir que en las infracciones penales cometidas en el ámbito de una empresa, solamente las personas individuales responden penalmente, una vez que la corporación no tiene capacidad de someterse a cualquier especie de pena, manteniéndose, de ese modo, la regla tradicional en nuestro país, de la “*universitas delinquere nequit*”.

Ya para Walter Claudius Rothenburg,

a construção linguística do artigo não exprime essa pretensa simetria, senão que expressa um só sentido, tanto que os termos ‘condutas’ e ‘atividades’ aparecem ligados pela aditiva ‘e’, ou seja, somam-se, formando um todo unitário que pode reportar-se indistintamente a pessoas físicas ou jurídicas.⁶²⁷

Sin embargo, refuerzando nuestras consideraciones, la Carta Magna, en su art. 173, párrafo 5º, insertado en el Título VII, que versa sobre el “Orden Económico y Financiero”, dispone que “*a lei, sem prejuízo da responsabilidade dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular*”. Se observa que en lo que tiene que ver con las sociedades, ellas podrán ser responsabilizadas por las actividades lesivas a la órbita económica solamente con sanciones “compatibles con su naturaleza” alenjando de su espectro las de naturaleza penal, debido a los argumentos dogmáticos que serán expuestos a continuación. Enseña acertadamente Cezar Roberto Bitencourt que

dessa previsão pode-se tirar as seguintes conclusões: 1º a responsabilidade pessoal dos dirigentes não se confunde com a responsabilidade da pessoa jurídica; 2º a Constituição não dotou a pessoa jurídica de responsabilidade

⁶²⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. **A Pessoa Jurídica Criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997. p. 24.

penal. Ao contrário, condicionou a sua responsabilidade à aplicação de sanções compatíveis com a sua natureza.⁶²⁸

En sentido contrario, se presenta Fausto Martin de Sanctis, sosteniendo que

o legislador constitucional, atento às novas e complexas formas de manifestações sociais, mormente no que toca à criminalidade praticada sob o escudo das pessoas jurídicas, foi ao encontro da tendência universal de responsabilização criminal. Previu, nos dispositivos citados, a responsabilidade penal dos entes coletivos nos delitos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, bem como contra o meio ambiente.⁶²⁹

Resalta, también, el autor, que la Constitución Federal miró hacia un nuevo rumbo del Derecho Penal brasileño, pues no pretendió limitar la imputación criminal de las corporaciones a las actividades lesivas a los bienes jurídicos del medio ambiente, del orden económico y financiero y de la economía popular, pues al nombrarlos, en los mencionados enunciados legales, quiso solamente dar un mayor énfasis protector jurídico-penal direccionado a ellos, sin pretender crear la regla de *“que o legislador infraconstitucional não possa estabelecer uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas em relação a outros bens”*.⁶³⁰

Cuando el legislador ordinario, que elaboró la Ley 9605/98, optó por esa interpretación que autoriza la responsabilidad criminal de la persona jurídica, acabó por crear un sistema normativo que, según Luiz Luisi, *“entra em conflito com os princípios explícitos reitores e embaixadores do nosso ordenamento constitucional. Ou seja: com os princípios da personalidade da pena e da culpabilidade, enquanto condição da condenação e da aplicação da pena”*.⁶³¹

⁶²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 54-55.

⁶²⁹ SANCTIS, Fausto Martin. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 64.

⁶³⁰ SANCTIS, Fausto Martin. Op. cit., p. 64-65.

⁶³¹ LUISI, Luiz. Notas sobre a Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. In: RÉGIS PRADO, Luiz (coord). **Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídica**. Em defesa do princípio da imputação subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 91.

Sobre las violaciones al principio de personalidad de la pena, dejamos las consideraciones para el próximo capítulo, cuando vamos a tratar específicamente de ese importante apotegma del Derecho Penal.

En lo que tiene que ver con el principio de culpabilidad las discrepancias de ese modelo de política criminal son vehementes. Si la culpabilidad constituye un juicio de reprobación, que para existir, según el modelo predominante de la Teoría Normativa Pura, presupone la imputabilidad del agente, la consciencia potencial de la ilicitud y la exigibilidad del comportamiento adecuado al derecho, se hace evidente que referida estructura conceptual no está direccionada a las personas morales, siendo explícita su incapacidad criminal.

Véase el dilema en que se encuentra el juez al tener que descifrar en la persona jurídica el sustrato de la imputabilidad, que en el correcto entendimiento de Antonio Quintano Ripollés, “*siempre ha de ser personal e individualizado*”.⁶³² ¿Será que para su caracterización el juez tendría que certificarse de que la persona jurídica, en el momento de la actividad lesiva al medio ambiente, poseía más de dieciocho años de existencia plena e ininterrumpida? ¿En caso de no haber alcanzado esa “franja de edad”, marco fijador de la imputabilidad en nuestro país (art. 228, de la CF y art. 27, del CP), estaríamos delante de un caso de inimputabilidad, es decir, de una “sociedad adolescente” y, por lo tanto, susceptible de recibir una medida socioeducativa? Ante al expuesto somos obligados a concordar con el penalista portugués Manuel Cavaleiro de Ferreira cuando afirma taxativamente que “*só o homem, enquanto pessoa, dotado de razão e vontade, pode ser sujeito de culpa*”.⁶³³

Tampoco está presente en las sociedades la capacidad natural de acción, base sustantiva del hecho punible, una vez que son desprovistas de conciencia y voluntad en sentido psicológico, así como de la aptitud de la autodeterminación. Resalta con propiedad, Miguel Reale Júnior, que

⁶³² RIPOLLÉS, Antonio Quintano. Op. cit., p. 238.

⁶³³ FERREIRA, Manuel Cavaleiro. **Direito Penal Português**. Lisboa: Verbo, 1981. Parte Geral. v. I, p. 417.

se a ação delituosa se realiza com o agente realizando uma opção valorativa no sentido do descumprimento de um valor cuja positividade a lei penal impõe, se é uma decisão em que existe um querer, e um querer valorativo, vê-se que a pessoa jurídica não tem essa capacidade do querer dotado dessa postura axiológica negativa.⁶³⁴

Solamente el ser humano tiene condiciones de comprender el contenido de las normas y adecuar su comportamiento de acuerdo con sus mandos.

Basándose en tales alegaciones, a partir de la premisa de que las personas jurídicas, por la propia naturaleza que presentan, son absolutamente ineptas para desarrollar una acción voluntaria, el penalista español Luis Gracia Martín, llega, incluso, a sostener su ineptitud para cometeren ilícitos administrativos, pues, para él, el Derecho Administrativo Sancionador sólo se diferencia del Derecho Penal en términos cuantitativos, pero no cualitativamente. Habría, de ese modo, también en ese sector jurídico, una carencia de la capacidad de acción y de culpabilidad, siendo una responsabilización de naturaleza esencialmente objetiva. Afirma Gracia Martín que

si la norma de la que se deduce el tipo de infracción administrativa es también una norma de determinación, una norma de conducta que únicamente puede tener como objeto acciones u omisiones, las personas jurídicas, a mi juicio, deben ser también, por las mismas razones, incapaces de realizar hechos constitutivos de infracción administrativa. A las personas jurídicas, por ello, no pueden imponérseles tampoco sanciones administrativas.⁶³⁵

Se verifica, también, una serie de obstáculos en la tentativa de conciliar esa sistemática punitiva con algunos institutos como, por ejemplo, la relación de causalidad (art. 13, del Código Penal); la aplicación de la pena (art. 68, del Código Penal), que involucra evaluaciones acerca de la culpabilidad, conducta social,

⁶³⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. In: RÉGIS PRADO, Luiz. (coord). **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 138.

⁶³⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las propias Personas Jurídicas. In: RÉGIS PRADO Luiz (coord). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Em defesa da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47.

personalidad, motivos y circunstancias subjetivas del condenado; las finalidades retributiva y preventiva de la sanción penal y los conceptos legales de tiempo y lugar del delito, regulados, respectivamente en los arts. 4º y 6º, del Código Penal, nociones que fueron construidas a partir de la idea de la infracción penal como producto de una acción u omisión humana.

Véanse los trastornos que ocurren al intentar adaptar el tema con la sistemática del concurso de personas. El párrafo único, del art. 3º, de la Ley 9605/98, aclara que “*a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato*”. La dificultad está en identificar el nexo subjetivo entre la persona moral y la persona natural, necesario a la configuración de la división de tareas existentes en la coautoría. Otro obstáculo es visualizar y valorar la hipótesis del partícipe, una vez que su responsabilidad penal será medida de acuerdo con su culpabilidad, en los términos del art. 29, del Código Penal. ¿Cómo aplicar el art. 29, párrafo 2º, del Código Penal, que presupone la voluntad y la previsibilidad del resultado por parte de la persona?

Para nosotros, al se admitir la responsabilidad penal de la persona jurídica, habría una situación de concurso necesario de personas, involucrando ella y una o más personas físicas pertenecientes a sus cuadros, una vez que no hay como imaginar la sociedad actuando aisladamente.

Ante eso, señala con propiedad René Ariel Dotti que,

a se aceitar a esdrúxula proposta da imputabilidade penal da pessoa jurídica, não poderia ela promover a ação de ressarcimento contra o preposto causador do dano posto ser a “co-responsável” pelo crime gerador do dever de indenizar. Faltar-lhe-ia legitimidade pois um réu não pode promover contra o co-réu a ação de reparação de danos oriunda do fato típico, ilícito e culpável que ambos cometeram.⁶³⁶

Se trata, en verdade, de un caso típico de coacción física irresistible, ejercida por el agente sobre la persona jurídica, hipótesis que, en la dogmática penal,

⁶³⁶ DOTTI, René Ariel. A Incapacidade Criminal da Pessoa Jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 3, n. 11, p. 189, 1995.

acarrea el alejamiento de la categorías de la conducta, en el presente caso, la actividad de la sociedad, por ausencia del elemento volitivo, que, como hemos subrayado, jamás estuvo presente en su interior, considerando que se constituye en una ficción del Derecho. Ya decía la concepción savignyana que las personas jurídicas son entidades imaginarias, ficticias, representando una simple abstracción del Derecho, sin poseer conciencia y voluntad propias, y, por esto destituidas de capacidad de acción y de punición en la esfera penal. Por lo tanto, por la teoría ficcional, la persona jurídica sería una creación artificial y arbitraria del sistema jurídico, estando sus premisas fundamentadas en la orientación iusnaturalista y racionalista de los pandectistas, que sobrevaloran la figura humana y la voluntad individual.

Hablando en términos de tipicidad, de moldura finalista, ¿cómo sería posible encontrar en la persona jurídica el dolo directo, el dolo eventual, el dolo alternativo, la culpa consciente y la culpa inconsciente, elementos fundamentales para la proposición de la acción penal y para efectivizar la responsabilidad criminal?

Se percibe, de ese modo, que el contenido tradicional de las categorías de la Teoría General del Delito constituyen las principales barreras para la aceptación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. De ese modo, pondera Jesús-Maria Silva Sánchez que,

a partir de tal constatación, se estima preciso proporcionar una nueva configuración a categorías como la acción o la culpabilidad, a fin de que sean susceptibles de ser referidas a hechos de corporaciones; a la vez, se propugna la introducción de nuevas formas de pena, que se revelen – a diferencia de la pena privativa de libertad – aptas para ser aplicadas a las empresas en sí mismas.⁶³⁷

Sin embargo, se presenta extremadamente discutible, lo cuando es provechoso desarrollar esfuerzos para construir nuevos instrumentos dogmáticos de imputación penal o para revisar y modificar las categorías tradicionales del sistema

⁶³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Responsabilidad Penal de las Empresas y de sus Organos en Derecho Penal Español. In: RÉGIS PRADO Luiz (coord). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Em defesa da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 12.

conceptual del hecho punible, que siquiera en el plan de las infracciones cometidas por personas naturales se muestran uniformes y coherentes, simplemente para encontrar la legitimación para la responsabilización criminal de la persona jurídica, cuando se sabe que las sanciones penales que podrían ser aplicadas a ella serían las mismas de que disponen las demás ramas del Derecho. Éstas, pero con la ventaja de que son menos estigmatizadoras y de que se concretizan mediante mecanismos más céleres e informales de que los procedimientos penales.

Tal pretensión se presenta muy fuerte en parte de la doctrina penal alemana, que, bajo el liderazgo de Klaus Tiedemann, Brender, Klaus Volk y A. Hirsch e inspirados en un puro pragmatismo criminal, buscan encontrar subsidios para fundamentar la imputación penal de la persona jurídica. Para Tiedemann *“los problemas dogmáticos de tal discusión y reforma son absolutamente solucionables, sobre todo si – al igual que en el derecho administrativo sancionador alemán – se extiende e interpreta el concepto de culpabilidad en el sentido de responsabilidad social”*.⁶³⁸

De ese modo, procuran hacer una adaptación de las categorías fundamentales del concepto estratificado del delito, usando como paradigma la Teoría de la Realidad, cuyo precursor más destacado fue Otto Gierke, y que, al explicar la naturaleza jurídica de las sociedades, sostiene que ellas son seres reales, con vida autónoma y dotados de voluntad propia, poseyendo, de esa forma, la plena capacidad para figuraren como sujetos activos de hechos punibles. El Derecho no crea el ente societario, estando limitado a declarar su existencia. Con eso, abogan ellos por la idea de que las personas jurídicas tienen capacidad de acción, que se concretiza a través de la actuación de sus órganos y representantes, de modo que las normas de conducta también son destinadas a ellas. Para fundamentar esa afirmación, acuerda Tiedemann que, *“si la persona moral puede concluir un contrato, p. ej., de compra-venta, ella es que quien es sujeto de obligaciones que se originan*

⁶³⁸ TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico** (comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1992. p. 233.

de estos contratos y ella es quien puede violar esas obligaciones. Esto quiere decir que la persona moral puede actuar de manera antijurídica”.⁶³⁹

Sin embargo, cabe refutar esa afirmación bajo el argumento de que en la realidad no es la sociedad que celebra autónomamente los contratos, pero sí las personas físicas incorporadas en su organización y que poseen autorización para representara ellas en estos actos, sometiéndola a determinadas obligaciones jurídicas. Además, asevera acertadamente Gonzalo Rodriguez Mourullo, “*el fenómeno de la representación no tiene cabida en cuanto a los sujetos activos del delito. Para que alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena*”.⁶⁴⁰

Admiten, incluso, los adeptos de esa tesis, la posibilidad de visualizar una culpabilidad peculiar de la persona jurídica, denominada por Tiedemann de “culpabilidad por defecto de organización” (“*Organisationsverschulden oder Organisationsfehler*”), noción que no sería empleada exclusivamente en el ámbito específico del Derecho Penal en sentido estricto, siendo, incluso, más aceptada y apropiada para el reconocimiento de la incidencia de sanciones administrativas.

Inmediatamente, registra Luis Gracia Martín, que

de seguir al pie de la letra, por ello, los criterios de estos penalistas habría que dejar terminada aquí la discusión, pues si reconocen que no es posible atribuir a la persona jurídica el reproche de culpabilidad que es específico del Derecho penal, entonces estaría ya resuelta la cuestión en sentido negativo.⁶⁴¹

Referida categoría estaría basada en un concepto amplio de culpabilidad, con un sentido estrictamente social, reduciendo la responsabilidad a criterios de una pura imputación. Por lo tanto, el fundamento material de la responsabilidad de la sociedad estaría entonces, en ese concepto de “*culpabilidad por defecto de*

⁶³⁹ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en Derecho Comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 3, n. 11, p. 28, 1995.

⁶⁴⁰ MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. **Derecho Penal**..., p. 228.

⁶⁴¹ GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., p. 64.

organización”, es decir, en la omisión en emplear medidas de precaución, control y vigilancia para evitar la práctica de ilícitos cometidos por personas físicas en el ejercicio de la actividad de la empresa, constituyéndose en una verdadera situación de culpabilidad por hecho ajeno.

Resalta, sin embargo, Armin Kaufmann, que “omitir algo sólo es posible mediante la inhibición de una decisión de cometer una acción determinada o renunciando a una decisión ya tomada de cometer una acción”.⁶⁴² Pues, referidas iniciativas solamente son posibles de concretizarse en la mente de un sujeto consciente y dotado de voluntad propia, siendo, de este modo, una concepción teórica acerca de la culpabilidad de cuño artificial, por escamotear una situación típica de responsabilidad objetiva. Además de eso, observa con propiedad Claus Roxin que “la culpabilidad de la persona colectiva en ese sentido (al igual que sucede ya con su acción) sigue siendo también una ficción, ya que la organización defectuosa no puede ser realizada por la propia persona colectiva, sino por sus directivos”.⁶⁴³

Caso análogo ocurre en el sistema norteamericano que reconociendo la carencia de una fundamentación dogmática sólida que justificase la responsabilidad penal de las corporaciones, buscó desarrollar investigaciones científicas, con la finalidad de suprimir el déficit teórico que posibilitase, bajo el punto de vista jurídico, basar la responsabilidad penal de las corporaciones. Para eso, fue construida la “teoría de la responsabilidad vicarial” (“*vicarious liability*”) como sustrato del concepto de culpabilidad corporativa, permitiendo, de este modo, la fijación de sanciones asentadas en la finalidad retributiva y la atribución de la responsabilidad subjetiva, o sea, la imputación de delitos dolosos a la persona jurídica. Resumiendo tal operación punitiva, aduce Carlos Gómez-Jara Díez, que

lo que sí puede afirmarse es que consiste en un modelo de imputación mediante el cual se atribuyen a la corporación el *actus reus* y la *mens rea* de su agente; expresado esto en terminología de la dogmática de cuño germánico - pese a no coincidir exactamente con la clasificación sistemática

⁶⁴² KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 141.

⁶⁴³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. p. 259-260.

anglosajona -, se imputan a la corporación el injusto y la culpabilidad del agente o representante.⁶⁴⁴

Pero cuando en el ámbito de las estructuras corporativas, que en general presentan un organigrama muy complejo, no sea posible se identificar la persona física, que en nombre de la sociedad, determinó la actividad productora del resultado ilícito, se utiliza, para fundamentar la responsabilidad criminal de la corporación, la doctrina denominada de “conocimiento colectivo o del conocimiento agregado” (“*collective knowledge, aggregate knowledge doctrine*”), que acaba por ensanchar, considerablemente, la intervención punitiva del Estado en ese campo. A través de esa teoría, informa Carlos Gómez-Jara Díez,

se imputa a la corporación la “suma” de los conocimientos de todos o algunos de sus empleados, poseyendo así la corporación la mens rea que se exige en Derecho penal. La razón principalmente aducida para la creación de este mecanismo es que de esta manera se previene que las corporaciones evadan la responsabilidad penal mediante la creación de numerosos departamentos y la división de tareas con la finalidad de poder sostener frente a cualquier acusación penal la falta de conocimiento.⁶⁴⁵

A nuestro juicio toda esa construcción conceptual representa solamente más una actuación puramente simbólica o promocional del Derecho Penal, ampliando demasiado su espectro de incidencia, trayendo consecuencias muy graves a sus finalidades garantistas y a su naturaleza minimalista y fragmentaria, pues, en la práctica, representan hipótesis de responsabilidad objetiva o de culpabilidad medida por presunciones. Además de eso, es difícil aceptar en un Derecho Penal primado por el respeto a los derechos y garantías fundamentales la tesis de se imputar a un ente colectivo la culpa de otro. En esta línea, sostiene Silva Sánchez que,

hasta hoy la doctrina mayoritaria en España ha entendido que las necesidades de prevención existentes en el ámbito de la criminalidad de

⁶⁴⁴ DÍEZ, Carlos-Gómez. Corporate Criminal Liability: Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EEUU. **Revista de Estudios Criminales**, Porto Alegre, Año 2, n. 8, p. 94, 2003.

⁶⁴⁵ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. Op. cit., p. 99.

empresa no hacen preciso imponer auténticas penas criminales a las empresas, ni tampoco poder afirmar que la empresa comete delitos. Así pues, ha mantenido firme la estructura del sistema de la teoría del delito, como orientado a hechos 'personales', considerando más bien que la necesidad preventiva de sancionar penalmente a las agrupaciones, puede atenderse a través de otras consecuencias jurídico-penales, como, por ejemplo medidas de seguridad, consecuencias accesorias.⁶⁴⁶

No obstante, la claridad y la corrección de las críticas aquí presentadas por varios penalistas, la tesis de la responsabilidad penal de la persona jurídica ha seducido muchos estudiosos en nuestro país, inspirados en la idea de que constituye una concepción que está sintonizada con la moderna dogmática y las nuevas tendencias mundiales de política criminal. En esa línea de pensamiento está João Marcello de Araújo Júnior, para quien "*o ficcionismo de Savigny foi negado por Gierke, e hoje é coisa do passado. Dizer-se, nos dias atuais que a Petrobrás, p. ex., é uma ficção, é negar a realidade das coisas*".⁶⁴⁷

11.2.2 La Presunta Violencia en los Delitos Sexuales

Otra situación que en nuestra comprensión afronta el principio de la culpabilidad es con respecto a las hipótesis del art. 224, del Código Penal brasileño, en que se presume la violencia en los delitos contras las costumbres, en los siguientes términos: "*Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência*".

En estos casos no hay fácticamente la efectiva violencia real, sea de naturaleza física ("*vis corpori illata*") o moral ("*vis animo illata*"), no habiendo cualquier tipo de disentimiento por parte del sujeto pasivo al amplexo carnal, elemento que constituye requisito básico de los delitos sexuales violentos, se

⁶⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Responsabilidad Penal de las Epresas y de sus Organos en Derecho Penal Español...**, p. 13.

⁶⁴⁷ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. **Dos Crimes contra a Ordem Econômica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 74.

caracterizando, de esa forma, como una manifestación del abuso, en que el autor del hecho se aprovecha de la incapacidad de resistencia de la víctima.

En la doctrina penal brasileña reina una discusión hermenéutica encendida sobre si las presunciones en el art. 224, del Código Penal, son de naturaleza *absoluta* o *relativa*. En verdad el núcleo del debate está centrado más en la situación compleja y difícil descrita en la alínea “a”, o sea, cuando la víctima no es mayor de catorce años, y en las demás hipótesis parece claro, por la forma de la redacción adoptada, que estamos ante a presunciones relativas.

En la época del antiguo Código Penal de 1890, se enunciaba, en su art. 272, que “presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 anos”. Entendía Chrysolito de Gusmão, al criticar el empleo de la presunción absoluta por este ordenamiento jurídico, que

aceitamos o principio do limite fixo que tem sido adoptado na generalidade das legislações, dados os serios e graves motivos que militam em seu favôr, motivos inquestionaveis e manifestos, sobre que já discorremos, mas entendemos que não é justo, juridico, nem tão pouco logico, que essa presumpção seja juris et jure, como defendia, entre nós, Viveiros de Castro....⁶⁴⁸

Ya en la vigencia del actual estatuto penal de 1940, Magalhães Noronha, ardoroso defensor de la misma idea, aseveró que

contra a presunção absoluta da violência, fala, a nosso pensar, a circunstância de que, se se punisse sempre o que tivesse contato carnal com um menor, estaríamos consagrando a responsabilidade objetiva, coisa, entretanto, que nossa lei repudia, conforme se verifica da Exposição de Motivos.⁶⁴⁹

⁶⁴⁸ GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos Crimes Sexuais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. p. 174.

⁶⁴⁹ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3, p. 191.

Por otro lado, en dirección opuesta, Bento de Faria fue categórico al afirmar que “*trata-se de uma presunção juris et de jure*”.⁶⁵⁰

En la jurisprudencia la temática se muestra heterogénea. Parte de ella se posiciona en el sentido de que el art. 224, “a”, del Código Penal posee razgo de presunción absoluta, bajo el fundamento de la “*innocentia consilii*” de la víctima, o sea, por su completa falta de conocimiento de lo que tiene que ver con las acciones sexuales, acarreado, de esa forma, su total ilegitimidad de asentimiento para ellas, ilación que no es removida ni a causa de la constatación de la experiencia sexual del sujeto pasivo, poco interesando sus anteriores condiciones individuales reprobables.⁶⁵¹

Pero actualmente ha prevalecido en el medio forense la tesis de que se trata de presunción relativa, que admite prueba en sentido contrario, orientación que estaría disciplinando todos los supuestos de las alíneas del art. 224, del Código Penal. Sobre la presunción en relación a la víctima menor de edad, considerando su relativización, se quedará alejada cuando el agente incurra en error del tipo (art. 20, del Código Penal), plenamente justificado, incidente cuanto a la edad de la víctima (“*error aetatis*”), en virtud, por ejemplo, de su constitución física desarrollada. Además de eso, debe ser extirpada la presunción cuando la ofendida tenga experiencia en materia sexual, caracterizándose como persona que habitualmente realiza comercio de su cuerpo o que presente comportamiento promiscuo, licencioso y de corrupción moral notoria.⁶⁵²

Manifestando su indignación contra esa posición mayoritaria, Ivete Ribeiro Favaretto apunta que,

⁶⁵⁰ FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro** (Comentado). Rio de Janeiro: Récord, 1998. Parte Especial. v. VI. p. 71.

⁶⁵¹ Nesse sentido: RT 636/384 – RE 116.649-5-PR – 1ª Turma do STF – j. 09.09.1988 – Relator Min. Octavio Gallotti – DJU 14.10.1988; RT 741/566 – HC 74.580-6/SP – 1ª Turma do STF – j. 17.12.1996 – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 07.03. 1997; RT 742/545 – HC 74.286/SC – 1ª Turma do STF – j. 22.10.1996 – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 04.04.1997.

⁶⁵² RT 644/259 – Ap. 65.216-3 – 4ª Câmara – j. 26.06.1989 – Rel. Des. Ary Belfort; RT 765/649 – Ap. 16.599/96 – 1ª Turma – j. 01.10.1998 – Rel. Des. Pedro Aurelio Rosa de Farias; HC 73662-9-MG – j. 21.05.1996 – 2ª Turma do STF – Relator Min. Marco Aurélio – DJU 20.09.1996, p. 34535.

a jurisprudência que ora está se consolidando, e que admite a relatividade da presunção, quer fazer configurar duas situações distintas. Na primeira a criança está inserida no seio familiar, que frequenta regularmente a escola, que recebe e assimila regras de conduta e moral; é merecedora da proteção legal de forma absoluta e inquestionável. A violência, de qualquer ordem, dirigida a uma criança em tais condições é considerada monstruosa e desencadeia todos os efeitos jurídicos, em tese, previstos. Mas a violência praticada contra crianças que, por imposição de seu destino, leia-se, por desajuste familiar, desequilíbrio social e ainda completa indiferença dos governantes, foi obrigada a vivenciar um contexto não condizente com sua faixa etária; não é uma violência assim tão reprovável. Em relação a estas, há relatividade, vale dizer, elas não merecem, como aquelas, a proteção integral da lei.⁶⁵³

Pero cabe destacar que la inclinación a la tesis de presunción de rasgo *juris tantum* es una antigua proposición, como se puede observar en un pasaje clásico de Francesco Carrara que, de forma incisiva, dijo:

los códigos modernos, al tratar de la violencia presunta, han caído en un draconismo inexcusable y que repugna a la recta justicia, yendo mucho más allá de los más rigurosos juristas antiguos; en efecto, hasta los prácticos más severos, que admitían violencia presunta en el estupro de una impúber, reconocían en el acusado el derecho de destruir la presunción de violencia probando la malicia precoz de la víctima; y enseñaban que esta prueba que excluye la criminalidad del acto podía establecerla el acusado aun mediante las conjeturas e indicios que largamente enumeran Torre (De stupro, argumento 15, núm. 31) y los doctores por él citados. Pero los códigos modernos, con sus principios imperativos, pretenden obligar a los jueces a que declaren culpable de violencia carnal aun al que haya tenido contactos con una jovencita que ejerza prostitución pública.⁶⁵⁴

Sobre lo que fue dicho, algunas observaciones deben ser destacadas.

Al seguir la orientación doctrinal y jurisprudencial de la existencia de la presunción de naturaleza relativa, se estaría autorizando el juzgador a ampliar el formato típico del art. 224, “a”, del Código Penal, creado por el legislador, añadiendo la elemental atinente a la “honestidad de la víctima”. Se lesiona, de este modo, el principio de legalidad, aunque tal construcción venga a ensanchar el

⁶⁵³ FAVARETTO, Ivete Ribeiro. Violência Presumida. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 4, n. 50, p. 175-176, 1997.

⁶⁵⁴ CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**. Bogotá: Temis, 1997. Parte Especial. V. II. Tomo 4. p. 250.

terreno de la impunidad y a minorar los efectos de la presunción legal, favoreciendo los acusados, pero, sin representar la situación legítima de la analogía “*in bonam partem*”. Aliado a esto, alerta Luiz Flávio Gomes que

a ‘criação’ desse requisito típico pelo juiz, além de patentemente inconstitucional (porque viola o princípio da reserva legal), funda-se numa concepção moralista do Direito (confunde o Direito com a Moral) e, sobretudo, despreza por completo o verdadeiro bem jurídico tutelado nos crimes sexuais aqui enfocados, que é a liberdade sexual, com total independência da vida antecessora da vítima. Até as prostitutas, ninguém atualmente se atreveria negar, merecem proteção da lei penal.⁶⁵⁵

Esa postura antigarantista y lesiva al paradigma de la secularización hace surgir el paradojo concerniente al hecho de que la víctima pasa a desempeñar un papel de destaque en el proceso criminal, porque las posiciones se quedan invertidas, una vez que ella ingresa, en la fase inicial, en el “*locus*” del reo, investigando detalladamente sus eventuales inmoralidades, su foro íntimo, su modo de vivir, de vestir, de andar, de relacionarse, etc. Y, como acuerda Manuel da Costa Andrade, con el proceso de secularización se estableció el “*dogma da ilegitimidade do recurso ao direito penal como meio de estabilização contrafáctica das normas de uma qualquer moralidade*”.⁶⁵⁶

También relacionado con la presunción insertada en el art. 224, “a”, del Código Penal, otro punto que merece destaque está en la circunstancia de que los magistrados, que siguen aceptando la legítima aplicabilidad de ese dispositivo, deberían modificar su esencia. Todo porque, con el acaecimiento del Estatuto del Niño y el Adolescente (ECA), editado por la Ley 8069/90, se pasó a caracterizar el niño como siendo la persona de hasta doce años incumplidos y el adolescente como siendo aquella que posee entre doce y dieciocho años de edad, no cumplidos. Cuando un adolescente comete una infracción penal, o sea, un hecho definido como delito o falta catalogado en la legislación penal (art. 103, del ECA), se quedará sujeto a una medida socioeducativa (art. 112, del ECA), representativa de la reprobación

⁶⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 65.

⁶⁵⁶ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. cit., p. 387.

estatal a la voluntad ilícita del agente, manifestada en su comportamiento antijurídico.

Ante esa óptica legislativa e a partir de una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico-penal, suscita Luiz Flávio Gomes que

se o adolescente conta então com capacidade de decisão e de sujeitar-se a medidas sócio-educativas por ato infracional, emerge inconciliavelmente aporética, nos dias atuais, a presunção legal do art. 224, "a", do CP, no sentido de que o menor de catorze anos não tem capacidade ética de entender o ato sexual ou não tem capacidade de manifestar validamente sua vontade. Para se sujeitar a medidas punitivas do ECA a vontade do adolescente é válida. Para anuir a um ato sexual não seria?.⁶⁵⁷

Volviendo al núcleo central del asunto, en la sistematización de la concesión de protección penal de la libertad sexual en los casos de abuso fueron idealizados dos sistemas doctrinales: uno, acogido por nuestra legislación penal, que adopta la técnica de se presumir la violencia en consecuencia de la edad, debilidad mental e incapacidad de la víctima en oponer resistencia, cuyo origen emana, según Nélon Hungria, "*do seguinte raciocínio de Carpsovio: qui velle non potuit, ergo noluit. Ora, isto é um sofisma evidente. Quem não é capaz de consentir, não é também, de dissentir: é um indiferente*",⁶⁵⁸ el otro, sedimentado, por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos de Alemania e Italia, que concibe, por equiparación, esas hipótesis como siendo de violencia real.

Sin embargo, recuerda con propiedad Luiz Flávio Gomes, que

o insuperável defeito do sistema acolhido pelo Código Penal brasileiro reside em que o Direito penal da culpa (cada um deve responder por aquilo que 'faz' e na medida da sua culpabilidade) não se concilia com presunções fáticas. Violência é fato e fato não pode ser presumido pelo legislador, principalmente quando vem em prejuízo do autor do fato que, aliás, é presumido inocente. Nosso ius positum teria seguido melhor caminho se tivesse aderido ao sistema que permite o exame dos requisitos típicos do

⁶⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais (Enfoque Crítico) – 1ª Parte. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 4, n. 15, p. 166-167, 1996.

⁶⁵⁸ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal...**, v. VIII, p. 223.

crime sexual em cada caso concreto, conforme haja ou não lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido (*nullum crimen sine iniuria*).⁶⁵⁹

Por lo tanto, hay que instaurar una postura crítica que venga a combatir la doctrina tradicional que referenda la técnica de presunción de violencia en ese campo criminal, sea de los que sostienen la tesis de que ella es de connotación relativa, o sea, con más evidencia, de los que abogan por la orientación de que ella posee naturaleza absoluta, verdadero ejemplo de la premisa “*dura lex, sed lex*”. Referidas concepciones se chocan tanto con el primado de la culpabilidad, como en relación al principio constitucional fundamental de presunción “*iuris tantum*”, de inocencia. Sobre este último aspecto, el conflicto está ubicado específicamente en el vínculo que el sistema punitivo debe tener con el postulado moderno de que la responsabilidad penal del individuo debe estar enganchada a una acción u omisión desencadenada en el mundo empírico y descrita en la ley penal como ilícita (“*nullum crimen sine actio*”) y que venga a ser efectivamente comprobada en proceso criminal con todo el traje garantista, posibilitando, de este modo, la medición de la culpabilidad del agente, o sea, su eslabón personal (imputación subjetiva) y material (imputación objetiva) con el hecho cometido.

Siguiendo la misma línea de razonamiento se encuentra Rogério Zeidan, que refuerza la idea de que

a responsabilidade penal, consoante princípios constitucionais, é subjetiva. Não se transigindo com a responsabilidade objetiva. Além do mais, impõe-se a culpabilidade ao agente da conduta delituosa, conseqüentemente, não há como sustentar em Direito Penal presunção de fato. Não se pode punir alguém por delito, ao fundamento de que se presume que o cometeu. Assim, evidente a inconstitucionalidade do art. 224 do Código Penal.⁶⁶⁰

El principio de la presunción o del estado de inocencia está estampado en la Constitución Federal brasileña, en su art. 5º, inciso LVII apotegma que ya fue

⁶⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais**. p. 19.

⁶⁶⁰ ZEIDAN, Rogério. Presunção de Violência por Motivo Etário. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 6, n. 64, p. 12, 1998.

consagrado, entre otros estatutos, en la Declaración de los derechos del hombre y el del ciudadano, de 1789, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, de 1969. Según la enseñanza de Afrânio Silva Jardim, el contenido de ese principio constitucional acarrea la prohibición de

que o legislador ordinário inverta o ônus da prova, exigindo que o réu tenha que provar a sua inocência, sob pena de condenação em razão de dúvida. Vale dizer, a presunção de não culpado faz com que o Ministério Público ou o querelante tenham que alegar e provar cabalmente que o réu praticou uma infração penal, ou seja, uma conduta objetiva e subjetivamente típica, ilícita e reprovável.⁶⁶¹

Con igual esencia asevera Aury Lopes Júnior que

gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador, provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação.⁶⁶²

Ya en el Derecho Penal español, Jesús Martínez Ruiz, después de registrar que la actual Constitución, en el art. 24.2, consagró, por primera vez, el principio de presunción de inocencia como derecho con jerarquía constitucional, que vincula a todos los poderes públicos y que goza de aplicación normativa directa, presenta una serie de corolarios que de ahí se originan, siendo, uno de ellos, el que se subraya aquí, es el que se quedó consignado por el Tribunal Supremo, en la STS de 6 de junio de 1997 (RJ 4867/1997): *“el derecho a la presunción de inocencia es un derecho subjetivo y público que opera fuera y dentro del proceso, en el entorno del*

⁶⁶¹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 412.

⁶⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. p. 180.

cuál significa que toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria siempre a cargo de quien acusa”.⁶⁶³

Se observa que ante a tal técnica legislativa el órgano acusador, en las mencionadas situaciones en que la ley presume la violencia, se restringiría a demostrar la presencia, en caso concreto, del supuesto fáctico en que se fundamenta la ilación de la presunción, es decir, de que la víctima sea menor de catorce años, de que es portadora de una debilidad mental o de que posee alguna incapacidad de resistencia, estando, de esa forma, incumbido de probar sólo una parcela de los hechos, pues los demás son proveídos por el legislador, por fuerza de presunción legal. Para Luiz Flávio Gomes

essa desobrigação (advinda de determinação infraconstitucional) confronta de cheio com o princípio (constitucional) da presunção de inocência, como regra probatória, que exige do acusador a prova dos fatos (em sua integralidade). Parte do tipo penal é concretizada pelo acusado (até aqui ele responde pelo que fez). A outra parte é realizada pelo Legislador (agora o agente responde pelo que o legislador presumiu). O acusado, em suma, se levarmos o raciocínio ao extremo, acaba respondendo por algo que foi feito pelo legislador, não por ele. Seria o caso de se falar, desde logo, em responsabilidade penal objetiva (responsabilidade por fato de outrem).⁶⁶⁴

Se nota, de este modo, un enfrentamiento entre la presunción de naturaleza legal, del art. 224, del Código Penal, y otra de filiación constitucional, representada por la presunción de inocencia, que refleja la necesidad de que la culpabilidad del acusado por el hecho cometido sea evidenciada de forma cabal en el transcurrir del proceso y no por intermedio de ficciones del legislador. Acerca del tema, se pronuncia Zugaldía Espinar afirmando que

la presunción de inocencia afecta también al Derecho Penal sustantivo haciendo nulos aquellos preceptos penales en los que se establezca una responsabilidad basada en ‘hechos presuntos’ (hechos que se presume ha

⁶⁶³ MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. Las modulaciones del principio de presunción de inocencia en el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador). **Estudios Penales Sobre Violencia Doméstica...**, p. 460.

⁶⁶⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais**. p. 121-122,

realizado el autor aunque de ello no exista prueba alguna) o, lo que es lo mismo, en 'presunciones de culpabilidad'.⁶⁶⁵

También se visualiza una cierta incompatibilidad de esa propuesta en que el legislador presume hechos contra el acusado con el principio de lesividad o de ofensividad, que fija como regla a ser obedecida en el Derecho Penal, conforma ya destacamos, la circunstancia de que un hecho para alcanzar a la categoría de infracción penal, debe ser representativo de una conducta productora de una efectiva lesión o creadora de peligro concreto de lesión a bienes jurídicos. En la presente situación tal circunstancia no ocurre, pues que la ofensa a la libertad sexual viene no del comportamiento del agente, pero sí de la voluntad y de la invención del legislador.

Ante al expuesto se percibe que los elementos insertados en el art. 224, del Código Penal, están parcialmente en desacuerdo con la Constitución Federal brasileña, específicamente en su primera parte que establece la presunción de violencia, por tocar frontalmente los principios de culpabilidad, presunción de inocencia, Derecho Penal del hecho ("*Tatstrafrecht*") y, también, de lesividad.

Sin embargo discordamos de parte de algunos doctrinadores patrios, como, por ejemplo, José Henrique Pierangeli, cuando dicen que se debe atribuir la naturaleza de presunción relativa a todas las hipótesis del supracitado dispositivo legal, pues, de ese modo, aclara el autor, "*se põe a salvo do Código Penal a adoção da concepção da responsabilidade penal objetiva, que o Direito Penal procura de todas as maneiras impedir...*".⁶⁶⁶

La solución que consideramos más acertada, con la cautela de no dejar un vacío punitivo para las situaciones de abuso sexual, es declarar como inconstitucional solamente un aspecto de la norma del art. 224 del Código Penal, con la consecuente supresión de la locución "se presume la violencia", preservando como hecho típico el comportamiento de los que practican actos sexuales con las

⁶⁶⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de Derecho Penal...**, p. 274.

⁶⁶⁶ PIERANGELI, José Henrique. **Escritos Jurídico-Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 169.

personas caracterizadas en el mencionado dispositivo legal, y retirando, de esa forma, del centro de ese ilícito penal, su naturaleza de violencia ficticia. Con eso, concluye Luiz Flávio Gomes que

os crimes sexuais resultantes da combinação dos tipos penais violentos (mutatis mutandis) com o art. 224 do CP, em suma, depois de feito o devido expurgo da inconstitucional locução 'presume-se a violência', podem (e devem) ser denominados crimes de abuso sexual, que não se confundem com as agressões sexuais. Na essência destes está a violência (real) ou grave ameaça. Na essência daqueles está a impossibilidade de oferecer resistência e a falta de consentimento válido.⁶⁶⁷

Con esas alteraciones, el proponente de la pieza acusatoria iba a tener el encargo de comprobar, de forma minuciosa, en el caso concreto, la existencia fáctica del abuso sexual, externando la circunstancia de que la acción lasciva fue ejecutada sin que la víctima tuviese condiciones de oponer resistencia y sin que tuviese manifestado su consentimiento válido, haciendo posible la consolidación judicial de la culpabilidad del agente.

11.2.3 La Embriaguez

Dispone el art. 28, II, del Código Penal brasileño, que la embriaguez, voluntaria o culposa, por alcohol o sustancia de efectos análogos, no excluye la imputabilidad.

Según nuestra legislación penal la embriaguez sólo excluirá la culpabilidad por ausencia de imputabilidad, en los casos en que ella se manifiesta de forma completa y la capacidad intelectual o volitiva del agente están afectadas, lo que ocurre en las situaciones descritas en los arts. 28, párrafo 1º, del Código Penal y en el art. 19, *caput*, de la Ley 6368/76 (Ley de Tóxicos), ambas hipótesis acogedoras del criterio biopsicológico. Es importante señalar, sobre la materia regulada en el art. 19, de la Ley 6368/76, que la nueva Ley de Tóxicos (Ley 11.343, de 23/08/06), aún

⁶⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais**. p. 133.

en período de vacancia cuando producía estas líneas, no se alteró, como vamos a ver, la sistemática biopsicológica de medición de la inimputabilidad.

Enuncia el primer dispositivo legal que “é isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. En ese caso, si un sujeto, con tales características, comete una conducta típica e ilícita, no será clasificado como culpable, considerando su estado de inimputabilidad en el instante de los actos ejecutorios, debiendo, de esa forma, ser absuelto, no recibiendo cualquier consecuencia jurídica de naturaleza penal.

Ya el art. 19, *caput*, de la Ley 6368/76, establece que

é isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A su vez, el art. 45, de la nueva Ley de Tóxicos (Ley 11.343/06), sobre el tema focalizado aquí, presenta la siguiente redacción:

é isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Caso el autor del hecho ilícito sea un dependiente, debidamente clasificado por la pericia médica como inimputable, tanto el art. 29, de la Ley 6368/76, como el art. 45, párrafo único, de la Ley 11.343/06, determinan que el juez debe absolver el agente infractor, y encaminarlo para tratamiento médico adecuado. En la eventualidad de la persona haber ejecutado la acción típica y antijurídica bajo efecto intenso y absorbente de drogas, cuyo consumo fue proveniente de caso fortuito o

fuerza mayor, la sentencia también aquí será absolutoria, por la ausencia de culpabilidad del agente en el momento de la actividad ejecutoria, no se imponiendo, de esa forma, cualquier medida de carácter penal.

Pero la embriaguez puede funcionar como causa incentivadora de la semiimputabilidad, en la hipótesis en que el agente, por embriagamiento incompleto, proveniente de caso fortuito o fuerza maior, no poseía, al tiempo de la acción u omisión, la plena capacidad para entender el carácter ilícito del hecho o para determinarse de acuerdo con ese entendimiento, situación que autoriza al juez a aplicar una minorante, referente a reducción de uno a dos tercios en la pena (art. 28, §2º, del Código Penal).

Igualmente se tienen elementos configuradores de culpabilidad disminuida en el art. 19, párrafo único, de la Ley 6368/76, en los siguientes términos: *“a pena pode ser reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se, por qualquer das circunstâncias previstas neste artigo, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”*. Tal hipótesis pasará a ser regulada por el art. 46, de la Ley 11.343, de 23 de agosto de 2006, *in verbis*: *“as penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”*.

Se distinguen las manifestaciones étlicas episódicas del art. 28, párrafo 2º, del Código Penal, de la embriaguez crónica, de naturaleza permanente y patológica, en que, enseña Eduardo Silveira Melo Rodrigues, *“a necessidade de beber até a inconsciência é ditada por uma perturbação profunda das faculdades mentais”*.⁶⁶⁸ En ese contexto de psicosis alcohólica, el agente, por ser un enfermo mental, se encuadra como un inimputable, siendo subsumible en el art. 26, *caput*, del Código Penal, quedándose exento de la pena, pero sometido a medida de seguridad. Pero, caso presente un cuadro clínico más ameno, habiendo sólo parcialmente abatido su

⁶⁶⁸ MELO RODRIGUES, Eduardo Silveira. **A Embriaguez e o Crime**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 57.

capacidad intelectual o volitiva, se clasificaría como un semiimputable, del art. 26, párrafo único, del Código Penal, teniendo, a su favor, una causa de disminución de pena, siendo, facultado, también, al juez, una vez aplicando como sanción penal la privación de libertad, sustituirla por medida de seguridad, basándose en lo que dispone el art. 98, del Código Penal.

Presentado el esquema normativo de la temática de la embriaguez, algunas observaciones deben ser hechas.

La embriaguez, explica Aníbal Bruno, “é um processo agudo de intoxicação resultante da ação do álcool ou substâncias equivalentes sobre o sistema nervoso, enquanto presentes no organismo, e que cessa uma vez concluída a sua eliminação”.⁶⁶⁹

Ella puede se presentar de forma incompleta, en que el sujeto asume actitudes histriónicas, exteriorizando comportamientos eufóricos, desprovistos de capacidad de autocrítica, o completa, en que el agente puede demostrar manifestaciones de depresión, señales de irritabilidad, confusión mental, desórdenes sensoriales y motoras o, hasta mismo, en grado más avanzado, ingresar en un estado de somnolencia. Aduce Fernando de Almeida Pedroso que

na fase comatosa, ápice da completa ebriedade, caracterizada pela letargia e prostração (estágio do suíno), crível é que a inimizabilidade reconhecível, se acidental a embriaguez, somente há de encobrir os fatos omissivos próprios ou comissivos por omissão, pois, ante a inércia do sujeito ativo, não possuía ele condições para agir com fisicidade e energia.⁶⁷⁰

Sobre el vínculo subjetivo del agente con su estado inebriante, puede haber sido consecuencia de una acción voluntaria, o sea, cuando el individuo deliberadamente buscó por el, o culposa, generado por su imprudencia o negligencia, manifestaciones que, por sí solas, no tienen fuerza para alejar la

⁶⁶⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo II, p. 537-538.

⁶⁷⁰ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito Penal...**, p. 496.

imputabilidad. Pero él puede ser oriundo de caso fortuito o fuerza mayor, que, como señalamos, cuando sea completo, acarreará la inimputabilidad del sujeto.

La “*vexata quaestio*” está ubicada en la interpretación del art. 28, II, del Código Penal, cuando determina la responsabilidad penal del agente, al no excluir la imputabilidad por la embriaguez voluntaria o culposa, sea la proveniente del consumo de alcohol, o derivada de otras sustancias provocadoras de consecuencias similares, como, por ejemplo, los barbitúricos, cocaína, marihuana, independientemente de haber adquirido forma completa o incompleta.

En los casos de embriaguez completa y preordenada, o sea, en aquella que emana de la voluntad del agente y que se basa en ser un acto preparatorio para el cometimiento preconcebido de infracción penal, lo que, además, representa circunstancia agravante de pena (art. 61, II, “I”, del Código Penal), la medición de su culpabilidad se queda facilitada con el empleo de la llamada teoría de la “*actio libera in causa*”, debiendo ser responsabilizado a título de dolo directo.

Se sabe que la regla general es la de que el grado de imputabilidad debe ser medido al tiempo de la acción u omisión delictiva, en respeto a la teoría de la actividad, compartida por el art. 4^o, del Código Penal brasileño (tiempo del delito), no se admitiendo una imputabilidad *subsequens*, en aquellas situaciones en que el agente cometió el delito bajo el influjo de trastorno mental transitorio, pero posteriormente recuperó su normalidad psíquica, debiendo en ese caso se quedar exento de pena.

Solución diversa sucede en la hipótesis invertida, o sea, de lo que siendo imputable en el momento de los actos ejecutorios, ingresa más adelante, en fase ejecutoria de la pena, en un estados de inimputabilidad, por la superveniencia, por ejemplo, de una enfermedad mental, pudiendo, en ese caso específico, el juez, con sustrato en los arts. 41, del Código Penal y 108, de la Ley de Ejecución Penal, convertir provisoriamente la pena privativa de libertad en medida de seguridad o, con fundamento en el art. 183, de la Ley de Ejecución Penal, hacer la sustitución de forma definitiva.

Resalta, sin embargo Fernando Diaz Palos, que,

por el contrario, puede suceder que no siendo imputable el agente durante el tracto ejecutivo, lo fuere al poner la causa decisiva del acto. Entonces se dice que se trata de acciones liberae in causa, sive ad libertatem relatae (acciones libres en su causa, es decir, relacionadas con la libertad): se trata de actos libremente queridos, pero verificados mientras el autor se encuentra en estado de inimputabilidad; la imputabilidad, por tanto, se prolonga, por decirlo así, desde un momento a otro posterior: desde el anterior al coetáneo al acto. Hubo libertad originaria, pero no libertad actual.⁶⁷¹

Esas acciones libres en su causa pueden ser conductas comisivas u omisivas, dolosas o culposas, pero, regla general, lo más común, es se externar a través de comportamientos omisivos y violadores del deber objetivo del cuidado.

Modernamente, el empleo de la teoría de la “*actio libera in causa*” en hechos dolosos, para que pueda ser conciliable con el principio del “*nullum crimen sine culpa*”, exige que el elemento intelectual del dolo sea representativo de las características de un tipo de infracción penal determinada, cuyo resultado sobreviene cuando el agente se encuentra desprovisto de imputabilidad. De esa forma, enseña Juarez Cirino dos Santos, “*na ação precedente o dolo tem por objeto a autocolocação em estado de incapacidade de culpabilidade e, nesse estado, a realização de fato determinado; na ação posterior, o autor realiza, em estado de incapacidade de culpabilidade, o fato determinado objeto do dolo*”.⁶⁷²

La sedimentación doctrinal de esa construcción dogmática de la teoría de la “*actio libera in causa*” ocurrió con los criminalistas prácticos italianos de la Edad Media, como, por ejemplo, Bartolo e Baldo, y, posteriormente, sobre todo, por los autores alemanes de la segunda mitad del siglo XIX, teniendo su empleo se ampliado en el Derecho Penal moderno con vistas a aclarar jurídicamente diversos casos de interpretación dudosa, cuyas soluciones emanadas de la adopción de las reglas tradicionales de la teoría de la tipicidad y de la imputabilidad no se mostraban adecuadas. Según informa Herminio Ramón Padilla Alba,

⁶⁷¹ PALOS, Fernando Díaz. **Teoría General de la Imputabilidad**. Barcelona: Bosch, 1965. p. 185.

⁶⁷² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 226.

el origen de tal expresión es atribuido a Müller (1789), quién distinguía entre acciones libres, acciones que aluden a la libertad pero en las que el delincuente, en el momento de la comisión del delito, actúa sin libertad (*actio ad libertatem relata, quamvis actu non libera*), y acciones que ni son libres ni aluden a la libertad (*nec actu libera nec ad libertatem relata*).⁶⁷³

De esa forma, resumiendo la evolución del instituto, afirman Jorge Frias Caballero, Diego Codino y Rodrigo Codino que,

originariamente, el principio se vincula con las perturbaciones producidas pela ingestión voluntaria de bebidas alcohólicas y la embriaguez consecuente. Ulteriormente, el planteo se extiende a otros estados de inimputabilidad y modernamente, incluso, se postula su aplicación a hipótesis de no punibilidad al margen de ella, como las de justificación.⁶⁷⁴

De ese modo, no se ciñe al caso la cual se reportó el penalista español Fernando Diaz Palos, la situación sobre la cual recae la temática de la “*actio libera in causa*”, según la cual el agente antes de se colocar en condición de inimputabilidad, ya tenía la aspiración de emprender la conducta delictiva. Defiende, por ejemplo, Narcélio de Queirós, en percuciente monografía sobre el asunto, el empleo más extensivo de esa teoría, admitiendo su adopción en los

casos em que alguém, no estado de não-imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando a podia ou devia prever.⁶⁷⁵

Esa posición manifestada por Narcélio de Queirós se encuentra sostenida en la siguiente y expresiva enseñanza de Hellmuth Mayer:

⁶⁷³ ALBA, Herminio Ramón Padilla. Algunas observaciones sobre la doctrina de la *actio libera in causa* en el derecho penal español. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 03-04, 2001. Disponible en internet: <<http://criminet.ugr.es>>. Accedido en: 04 jul 2005.

⁶⁷⁴ CABALLERO, Jorge Frias; CODINO, Diego; CODINO, Rodrigo. Op. cit. p. 321.

⁶⁷⁵ QUEIRÓS, Narcélio de. **Teoria da “Actio Libera in Causa” e outras Teses**. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 37.

Strafbar ist auch, wer noch im Zustand der Zurechnungsfähigkeit vorsätzlich oder fahrlässig die Ursache setzt für einen Erfolg, den er in unzurechnungsfähigem Zustand dann wirklich herbeiführt. Er gebraucht dann seinen eigenen willensunfähigen Körper als Mittel. Das gewöhnliche Beispiel, dass sich jemand Mut antrinkt, um die Tat im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit zu verwirklichen, kommt praktisch kaum in Betracht. Es wird nahezu immer an der nötigen Konkretisierung des Vorsatzes fehlen. Dagegen spielt die fahrlässige *actio libera in causa* bei Alkoholdelikten und auch sonst im modernen Strassenverkehr eine grosse Rolle.⁶⁷⁶

Se percibe que la evaluación jurídica de la mencionada teoría, presenta una dimensión más compleja cuando el injusto penal fue cometido por el sujeto en estado de embriaguez completa, de naturaleza voluntaria o culposa, no habiendo sido tal condición preordenada por él.

Cuando el agente se haya embriagado de forma absoluta, habiendo tenido la previsión que, en tal situación, podría practicar la infracción penal y conformándose o asumiendo el riesgo de la producción del hecho, será responsable a título de dolo eventual.

Si ingirió la sustancia y se quedó en situación de embriaguez integral, teniendo previsto la producción del resultado y esperando que el no se fuese exteriorizado, o, no habiendo tido la previsión, de algo que podría y debería ter previsto, son configuraciones ilustrativas, respectivamente, de la responsabilidad penal del agente por culpa consciente y por culpa inconsciente, desde que el hecho así esté tipificado en el ordenamiento jurídico-penal, en respeto al principio de excepcionalidad del delito culposo (art. 18, párrafo único, del Código Penal brasileño).

En esas hipótesis, con la utilización de la teoría de la "*actio libera in causa*", el operador del Derecho encuentra el vínculo subjetivo o normativo del agente con el hecho delictivo, necesario para la configuración de la tipicidad de la conducta. En tales casos, registra Jair Leonardo Lopes, para que sea impuesta la sanción penal, es imprescindible que esté probado

⁶⁷⁶ MAYER, Helmuth. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 1967. p. 113.

que o agente, ao iniciar a ingestão do álcool, previu ou podia prever que, no estado de embriaguez posterior, pudesse vir a cometer crime. Sem este mínimo de elemento psicológico, a punibilidade do agente, pelo crime praticado em estado de embriaguez completa, voluntária ou culposa, iria atritar-se com a exigência de, pelo menos, culpa em sentido estrito.⁶⁷⁷

Realmente, la cuestión se muestra crucial y repleta de divergencias doctrinales cuando el sujeto, al iniciar la ingesta de la sustancia que le provocó la embriaguez total, por lo tanto aún en estado de plena imputabilidad, no deseó, no previó y siquiera tuvo la posibilidad de prever la superveniencia del resultado ofensivo a un bien jurídico. Empleando la teoría de la “*actio libera in causa*” no se encuentra ninguno de los elementos que dan sustrato a la tipicidad del hecho, o sea, ni la culpa consciente, ni la inconsciente, tampoco el dolo directo o eventual, pues el hecho criminoso estaba fuera de su esfera de previsibilidad en el instante en que, aún sobrio, empezó a embriagarse.

Pero, a pesar de la falta de cualquier eslabón anímico del agente con determinado hecho ilícito, debido a la inexistencia de dolo o culpa, en virtud de la sistemática adoptada por el Código Penal brasileño, en su art. 28, II, su imputabilidad permanece intacta, debiendo el sujeto sufrir las consecuencias jurídicas, una vez rellenas las demás categorías que componen el concepto analítico de infracción penal, violando, de esa forma, directamente, el principio de culpabilidad, por representar un ejemplo típico de responsabilidad objetiva. Y para agravar la situación, registra Cezar Roberto Bitencourt,

os tribunais pátrios não têm realizado uma reflexão adequada desses aspectos, decidindo quase que mecanicamente: se a embriaguez não é acidental, pune-se o agente. Se houve ou não previsibilidade do fato no estágio anterior a embriaguez não tem sido objeto de análise. É muito fácil: o Código diz que a embriaguez voluntária ou culposa não isenta de pena, ponto final.⁶⁷⁸

⁶⁷⁷ LOPES, Jair Leonardo. Op. cit., p. 153.

⁶⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal...**, p. 318.

Ante esa norma impositiva, surge la cuestión atinente a la forma como será procesado criminalmente el agente que cometió el ilícito, es decir, bajo qué manto de tipicidad podrá ser él responsabilizado, sin, todavía, desrespetar los principios fundamentales del Derecho Penal, aspecto que los doctrinadores, que están de acuerdo con esa técnica, no han logrado superar.

En ese diapasón, Néelson Hungria abandona el empleo de la teoría de la “*actio libera in causa*”, por entender que la voluntad del ebrio no se queda totalmente conturbada, a fin de excluir completamente su discernimiento y el poder de inhibición, siendo, al contrario, reveladora de su verdadera personalidad. Propone él que,

no caso de embriaguez preordenada, o agente responderá sempre a título de dolo (e com a pena agravada); no caso de embriaguez não preordenada, mas voluntária ou culposa, responderá por crime doloso ou culposo, segundo o indicarem as circunstâncias, ou seja, segundo a direção ou atitude da residual vontade que existe no estado de ebriedade.⁶⁷⁹

No desentona, así, de la opinión de Francesco Antolisei, en el sentido de que se deba verificar en estos casos el resquicio de elemento psíquico presente en el agente en el momento de los actos ejecutorios y no retroceder tal evaluación para el instante en que el empezó a ingerir la sustancia embriagadora.

Sintetiza, sin embargo, Antolisei que hay otras posiciones doctrinales construidas en su país acerca del tema, recordando, por ejemplo, que para Vincenzo Manzini, el hecho antijurídico cometido en tal estado, salvo cuando la embriaguez sea preordenada, cuando la responsabilidad del agente será bajo el prisma del dolo directo,

si risponde in ogni caso a titolo di colpa, e ciò indistintamente per tutti i reati. Per il Paoli e l'Escobedo la responsabilità è bensì a titolo di colpa, ma, rispetto ai delitti, è limitata alle ipotesi nelle quali la figura colposa è contemplata dalla legge. Il Vannini e il Leone, invece, sostengono che si

⁶⁷⁹ HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. V. I. Tomo II. p. 386.

deve considerare l'atteggiamento psichico del soggetto nel momento in cui si è ubriacato: se egli è ubriacato intenzionalmente, risponderà a titolo di dolo; se si è ubriacato per imprudenza o negligenza, risponderà a titolo di colpa.⁶⁸⁰

Para Basileu Garcia la propuesta elaborada por el legislador penal, representa,

pura e simplesmente, um caso de responsabilidade objetiva - responsabilidade excepcionalmente sem culpabilidade, ou, pelo menos, sem aquele grau de culpabilidade tido como relevante no sistema jurídico, - responsabilidade objetiva que os autores do Código de 1940 não querem, de forma alguma, confessar ter acolhido.⁶⁸¹

En esa línea, se encuentra, también, Walter Marciligid Coelho, que, basándose en el art. 19, del Código Penal, afirma, taxativamente, que al establecer ese dispositivo que *“pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”*, se tiene por consagrado, definitivamente, en el Derecho Penal brasileño, *“o princípio de que não pode haver, em hipótese alguma, responsabilidade penal sem culpa subjetiva e, apesar disto, enseja-se, no crime do embriagado, a possibilidade de ocorrerem resquícios de culpabilidade presumida e meramente objetiva”*.⁶⁸²

Siguiendo igual orientación de la existencia de responsabilidad estrictamente objetiva en los casos de estado de embriaguez completa, cuya causa fue voluntaria o culposa, el agente, cuando perfectamente lúcido, no quiso provocar el hecho y siquiera tuvo condiciones de prever la posibilidad de cometer el ilícito penal, despuntan, también, en la doctrina brasileña, entre otros, los respetables nombres

⁶⁸⁰ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**..., p. 480.

⁶⁸¹ GARCIA, Basileu. Op. cit., Tomo I, p. 351.

⁶⁸² COELHO, Walter Marciligid. Erro de Tipo e Erro de Proibição no Novo Código Penal. In: GIACOMUZZI, Vladimir (org). **O Direito Penal e o Novo Código Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1985. p. 81-82.

de Paulo José da Costa Júnior⁶⁸³, E. Magalhães Noronha⁶⁸⁴, Roque de Brito Alves⁶⁸⁵ e Álvaro Mayrink da Costa⁶⁸⁶.

De ese modo, el legislador brasileño, al clasificar ese sujeto como imputable, cuando, concretamente, así no se presenta, construye una ficción jurídica inaceptable, asentada en la presunción de peligrosidad del agente, contraria a la naturaleza de las cosas y totalmente aviesa al principio del “*nullum crimen sine culpa*”. Ante tal posición adoptada por nuestro Código Penal, las condiciones intelectuales y volitivas del agente, aunque afectadas en el momento de los actos ejecutorios, son consideradas, mediante presunción absoluta, perfectamente normales y aptas a sufrir reprimenda penal. Es como si el legislador estuviese insertando en el agente los elementos del dolo o culpa, forjando la existencia de la infracción penal y atribuyéndole una responsabilidad por la simple materialidad del hecho, provocando, de esa forma, fisuras en el principio de la presunción de inocencia (art. 5º, LVII, de la Constitución Federal). Señala Heleno Cláudio Fragoso que “*essa deplorável solução foi adotada pela lei vigente em nome de mais eficaz repressão à criminalidade*”.⁶⁸⁷

Diferente y mucho más justa es la alterativa presentada por el Código Penal español de 1995, que en su art. 20, párrafo 2º, enuncia:

están exentos de responsabilidad criminal: el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme esa comprensión.

⁶⁸³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal**. Curso Completo. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 100.

⁶⁸⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal...**, v. 1, p. 186.

⁶⁸⁵ ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal**. Recife: Editores, 1977. Parte Geral. v. 1, p. 404.

⁶⁸⁶ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Parte Geral. Volume I. Tomo II, p. 995.

⁶⁸⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A Nova Parte Geral..., p. 203.

Se debe registrar, también, la particular sistemática adoptada por el Código Penal portugués de 1983, en la cual, a nuestro juicio, cabe vislumbrar el esbozo de una velada culpabilidad del autor. Con efecto, el legislador de aquel país, siguiendo modelos jurídicos implantados en Alemania y Suiza, con vistas a superar los diversos obstáculos que involucran la temática aquí examinada, estipuló, en el art. 282, del Código Penal, capítulo relativo a los delitos contra el orden y la tranquilidad pública, bajo la rúbrica “delito cometido en estado ed embriaguez”, el siguiente enunciado:

1. Quem pela ingestão voluntária ou por negligência, de bebidas alcoólicas ou outras substâncias tóxicas, colocar-se em estado de completa inimputabilidade e, nesse estado, praticar um ato criminalmente ilícito, será punido com prisão até um ano e multa até de 100 dias. 2. Se o autor representou-se ou podia ter-se representado que nesse estado cometeria fatos criminalmente ilícitos, a pena será de prisão de um a três anos e multa de até 150 dias. 3. Entretanto, a pena aplicada nunca pode ser superior à prevista para o fato que foi praticado pelo inimputável, e o processo criminal depende de queixa se o processo pelo delito cometido também a exige.

Además, para Alberto Rufino Rosa Rodrigues de Sousa, se tiene en la regulación trazada por el Derecho Penal brasileño para ese peculiar aspecto de la embriaguez, la “clara emergencia, en la ley, de la fórmula medieval del *versari in re illicita*”, recordando, incluso, el mismo autor, una sugestión enviada por el Ministerio Público del Estado de Rio Grande do Sul, cuando en los debates previos a la elaboración de la Ley 7209/84, que alteró la Parte General del actual Código Penal, al proponer la siguiente redacción normativa para el tema,

com vistas a compatibilizá-lo, ou, pelo menos, melhor aproximá-lo do princípio da culpabilidade: ‘A embriaguez (completa), quando voluntária ou culposa, poderá igualmente isentar de pena ou acarretar pena reduzida (...) se o crime cometido não tenha sido previsto pelo agente, nem lhe fosse possível prever tal evento no momento de se embriagar’.⁶⁸⁸

⁶⁸⁸ SOUSA, Alberto Rufino Rosa Rodrigues de. Bases Axiológicas da Reforma Penal Brasileira. In: GIACOMOZZI, Vladimir (org). **O Direito Penal e o Novo Código Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1985. p. 40.

Evidentemente que, si fuese elegida esa propuesta normativa del *Parquet* gaucho, de se conceder, en algunos casos, el mero beneficio de la minoración de la pena para la situación expuesta, así mismo, se estaría rasguñando el principio de culpabilidad, pues lo correcto, así entendemos, es suprimir totalmente la posibilidad de aplicarse cualquier tipo de sanción penal.

Por lo ya expuesto, sostenemos que la única hermenéutica que cabe al art. 28, II, del Código Penal, a fin de hacerlo compatible con el principio de culpabilidad, sería la de que la embriaguez, voluntaria o culposa, para no excluir la imputabilidad, necesariamente debe estar asociada a la comprobación efectiva, en la conducta del sujeto activo, de los respectivos elementos que integran el tipo penal doloso o culposo.

11.2.4 La Responsabilidad Sucesiva en los Delitos de Prensa

Hay varios sistemas de fijación de responsabilidad por el cometimiento de delito de prensa, como, por ejemplo, el solidario, sucesivo o mixto y el de las penas complementarias por culpa.

El sistema solidario fue adoptado, entre otros países, en Francia, por intermedio de una ley de 1819, que estableció la regla de que los sujetos que de cualquier forma colaboraron con la ejecución del delito, serían responsabilizados por su práctica, unos como autores y otros a título de complicidad.

Más tarde, la legislación francesa pasó a utilizar el criterio de la responsabilidad sucesiva, modificación que ocurrió con la publicación de una ley con fecha de 29 de julio de 1881. Enunciaba en su art. 42 que

seront passibles, comme auteurs principaux, des peines qui constituent la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse dans l'ordre ci-après, à savoir: 1^o les gérants éditeurs, quelles que soient leurs professions ou leurs dénominations; 2^o à leur défaut, les auteurs; 3^o à défaut des auteurs, les imprimeurs; 4^o à défaut des imprimeurs, les vendeurs, les distributeurs ou afficheurs". Segue, ainda, o art. 43 do mesmo estatuto, disciplinando que, "lorsque les gérants ou les éditeurs seront en cause, les auteurs seront poursuivis comme complices. Pourront l'être au même titre et

dans tous les cas, toutes personnes auxquelles l'article 60 du Code pénal pourrait s'appliquer. Le dit article ne pourra s'appliquer aux imprimeurs pour faits d'impression sauf dans le cas et les conditions prévus par l'article 6 de la loi du 7 juin 1848 sur les attroupements.

Referida sistemática también fue acogida por el derecho húngaro, portugués y holandés, habiendo sido introducida, por primera vez, en Bélgica, mediante un Decreto de 20 de julio de 1831, y recibiendo la denominación de responsabilidad “*par cascades*”, fijando como responsables, en orden sucesivo, el autor, editor, impresor y distribuidor.

Lo que particulariza el sistema sucesivo es la existencia de una complicidad ficta entre el titular del texto y los responsables por la edición, redacción e impresión del órgano de prensa. Además de eso, registra Darcy Arruda Miranda, “*não é dado ao ofendido escolher contra quem exercitar o seu direito de ação, devendo esta seguir a ordem que a lei impõe. Morto ou ausente um dos responsáveis sucessivos, a responsabilidade passa para o seguinte*”.⁶⁸⁹

El sistema mixto fue implantado inicialmente en el ordenamiento jurídico italiano, a través de Édito Albertino de 1819, se caracterizando como una simbiosis de los criterios solidario y sucesivo.

A su vez, el mecanismo que fija la responsabilidad asentada en la culpa, puntúa nuevamente Darcy Arruda Miranda, se sedimentó, fundamentalmente, en las legislaciones alemana y austríaca, haciendo

incidir o dolo no autor do escrito; na falta dêste, o editor ou impressor, em razão de culpa. Há também aí uma sucessão de responsáveis. A culpa decorre da negligência do dever de vigilância na publicação de escritos contumeliosos. O responsável subsidiário poderia eximir-se de pena se indicasse, antes da primeira sentença, o responsável anterior com cujo consentimento se fizera a publicação, estando essa pessoa ao alcance da justiça do país.⁶⁹⁰

⁶⁸⁹ MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. v. II. p. 667.

⁶⁹⁰ Idem, p. 663.

En Brasil fue adoptada la técnica de la responsabilidad sucesiva, habiendo, referido sistema, se instituido en el país, por primera vez, por una Ley de 20 de septiembre de 1830 y por el Código Criminal, del mismo año, en su art. 7º.

Ese modelo fue olvidado cuando surgió el Código Penal de 1890, que pasó a utilizar el sistema que determina la responsabilidad selectiva y solidaria del escritor, editor y del dueño de la tipografía, litografía o periódico, debiendo la víctima elegir entre los tres, el cual iba a soportar las consecuencias del proceso penal.

Pero, con el evento de la Ley 4743, de 1923, fue restablecido el sistema de la responsabilidad sucesiva, cuyo origen, según Nélon Hungria, “*se diz do direito belga, mas que já era adotado pelo nosso Código de 1830*”.⁶⁹¹ Acabó el siendo recibido, también, posteriormente, por el Decreto 24.776/34, por la Ley 2083, de 12 de noviembre de 1953 y por la, actualmente en vigor, Ley 5250/67, que regula la libertad de manifestación de pensamiento y de información, estando tal instituto regulado en los siguientes términos:

Art. 37. São responsáveis pelos crimes cometidos através da imprensa e das emissoras de radiodifusão, sucessivamente:

I- o autor do escrito ou transmissão incriminada (art. 28 e §1º), sendo pessoa idônea e residente no País, salvo tratando-se de reprodução feita sem o seu consentimento, caso em que responderá como seu autor quem a tiver reproduzido;

II- quando o autor estiver ausente do País, ou não tiver idoneidade para responder pelo crime:

a) o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico; ou

b) o diretor ou redator registrado de acordo com o art. 9º, III, b, no caso de programa de notícias, reportagens, comentários, debates ou entrevistas, transmitidos por emissoras de radiodifusão;

III- se o responsável, nos termos do inciso anterior, estiver ausente do País ou não tiver idoneidade para responder pelo crime:

a) o gerente ou proprietário das oficinas impressoras no caso de jornais ou periódicos; ou

b) o diretor ou o proprietário da estação emissora de serviços de radiodifusão;

IV- os distribuidores ou vendedores da publicação ilícita ou clandestina, ou da qual não constar a indicação do autor, editor, ou oficina onde tiver sido feita a impressão.

⁶⁹¹ HUNGRIA, Nélon. **A Nova Lei de Imprensa**. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VI. p. 286.

§1º Se o escrito, a transmissão ou a notícia forem divulgados sem a indicação do seu autor, aquele que, nos termos do art. 28, §§ 1º e 2º, for considerado como tal, poderá nomeá-lo, juntando o respectivo original e a declaração do autor assumindo a responsabilidade.

§2º O disposto neste artigo se aplica:

- a) nas empresas de radiodifusão;
- b) nas agências noticiosas.

§3º A indicação do autor, nos termos do §1º, não prejudica a responsabilidade do redator de seção, diretor ou redator-chefe, ou do editor, produtor ou diretor.

§4º Sempre que o responsável gozar de imunidade, a parte ofendida poderá promover a ação contra o responsável sucessivo, na ordem dos incisos deste artigo.

§5º Nos casos de responsabilidade por culpa previstos no art. 37, se a pena máxima privativa de liberdade for de 1 (um) ano, o juiz poderá aplicar somente a pena pecuniária.

Después de hecha una breve explicación de los sistemas de responsabilidad en los delitos de prensa, también la presentación de la evolución legislativa sobre el tema en Brasil, cabe hacer algunos apuntes críticos a partir del paradigma del garantismo.

En nuestra comprensión ese tradicional mecanismo de definición de la punibilidad en los delitos de prensa que está siendo adoptado por el legislador brasileño a lo largo de los tiempos y que actualmente está consagrado en el art. 37, de la Ley 5250/67, constituye más un ejemplo de manifestación de responsabilidad objetiva, enemiga de los postulados de la culpabilidad, responsabilidad personal y, también, de la dignidad humana. Ante a eso, se muestra referida legislación, en ese particular aspecto, totalmente incompatible con la Constitución Federal de 1998, debiendo, por lo tanto, darse por revocado desde la entrada en vigor de la actual Carta Magna.

En el mismo sentido surge la opinión conceptuada de Alberto Silva Franco, para quien

esta cadeia legal, articulada e consecutiva, de responsabilidades penais, estatui, em verdade, hipóteses concretas de responsabilidade objetiva. Pela conduta dolosa – e todas as figuras típicas da Lei de Imprensa são de caráter doloso, exceção feita aos incisos I e II do art. 16, que comportam execução culposa – realizada pelo autor, passam a responder, se o agente

estiver ausente do País ou for havido por inidôneo, as pessoas referidas no art. 37 da Lei de Imprensa, só e exclusivamente porque exercem, na empresa jornalística ou de radiodifusão, determinados papéis.⁶⁹²

Por lo tanto, si el autor de un ensayo ofensivo a la honra de alguien no tuviera su nombre expresamente insertado en el texto o está, pero el articulista no se encuentra en territorio nacional o, aunque esté, pero se trata de persona estigmatizada como “no idónea”, la imputación de la responsabilidad penal acabará por recaer sobre el director o en la figura del redactor jefe del órgano de comunicación. Pero de ahí surge la cuestión central: ¿El director o el redactor jefe serán procesados criminalmente a título de dolo, de culpa o se necesita reconocer la medieval responsabilidad objetiva?

Infelizmente lo que sobra como respuesta a la hipótesis es la última alternativa, en que parte de la magistratura brasileña insiste en no denunciar su naturaleza antigarantista. Como enseña Luiz Vicente Cernicchiaro,

cumpre guardar atenção à responsabilidade pessoal, vale dizer, individual (do indivíduo). Não basta alguém constar do rol, e só por isso, arcar com o delito. Duas razões imediatamente sobem à tona: a) é vedada a responsabilidade pelo fato de outrem; b) crime é conduta: sem ela ninguém comete delito algum. E essa conduta precisa reunir os elementos relevantes, consciência e vontade de praticar a ação ou omitir-se, havendo dever jurídico de atuar, pelo menos culposamente.⁶⁹³

Un ejemplo de ese absurdo rancio jurisprudencial fue la manifestación del Supremo Tribunal Federal, acerca de un recurso extraordinario impetrado, teniendo por Relator el Ministro Xavier de Albuquerque, al explicitar que la Ley 5250/67, no infringe el principio del “*nullum crimen sine culpa*”, porque

a responsabilidade sucessiva, constitui, nos casos em que é prevista, responsabilidade por culpa (art. 37, §5º), tanto que a elide, na sucessão fundada em falta de idoneidade do sucedido, a prova de não haver

⁶⁹² SILVA FRANCO, Alberto, SILVA JÚNIOR, José, BETANHO, Luiz Carlos et al. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 1239.

⁶⁹³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Op. cit., p. 102.

responsável sucessivo concorrido para o crime com negligência, imperícia ou imprudência (art. 39, §4º). Essas considerações “evidenciam” que não procede a acusação de haver o acórdão recorrido perpetrado ofensa à Constituição.⁶⁹⁴

En el mismo sentido se encuentra en la doctrina penal brasileña René Ariel Dotti que, al desarrollar un interesante estudio sobre los principios constitucionales aplicables a los delitos de prensa, no visualizó las incompatibilidades que aquí apuntamos, afirmando, al contrario, que el postulado de la culpabilidad, en el presente caso, “*se impõe não apenas em face da regra de abrangência do art. 12 do Código Penal, mas, ainda, por disposição expressa da Lei 5250/67*”.⁶⁹⁵

Para Alberto Silva Franco el párrafo 5º, del art. 37, de ninguna forma constituye el medicamento para sacar de la materia el manto de la responsabilidad objetiva, considerando su contenido elástico e impreciso acerca del real encuadramiento penal a ser designado a los agentes. Según él, si mencionado enunciado legal realmente tuviese el objetivo

de precisar a natureza subjetiva da responsabilidade do diretor ou do redator chefe no caso do escrito ou do diretor ou redator registrado, no caso da transmissão – ou das pessoas sucessivamente indicadas, se alguma dessas estiver ausente do País ou for também inidônea – seria mister que tal dispositivo fosse mais explícito e direto.⁶⁹⁶

11.2.5 Los delitos contra el sistema financiero nacional y contra el mercado de capitales. Las denuncias genéricas en los delitos económicos.

La Ley 7492/86, que define los delitos contra el sistema financiero nacional y da otras providencias, en su art. 25, enuncia que “*são penalmente responsáveis, nos termos desta Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado)*”.

⁶⁹⁴ Revista Trimestral de Jurisprudência, N. 77, p. 220.

⁶⁹⁵ DOTTI, René Ariel. Princípios Constitucionais Relativos aos Crimes de Imprensa. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, Ano 3, n. 10, p. 131, 1995.

⁶⁹⁶ SILVA FRANCO, Alberto, SILVA JÚNIOR, José, BETANHO, Luiz Carlos et al. **Leis Penais Especiais...**, 1995. p. 1239.

Buscó, el legislador, a través de ese dispositivo legal, determinar la responsabilidad penal de los agentes en los llamados “delitos societarios”, cometidos contra el sistema financiero. Sin embargo, a nuestro juicio, construyó más una hipótesis de responsabilidad objetiva contemplada en la legislación brasileña, pues atribuyó, de forma cabal, el comprometimiento criminal de los componentes de la administración de la institución financiera, por las actividades ilícitas desarrolladas en su nombre. En los términos de ese dispositivo legal, referida responsabilidad se mantiene, aunque ausente cualquier vínculo subjetivo de los sujetos con los hechos.

Se construyó, así pues, un sistema de imputación criminal que puede no venir de un comportamiento humano voluntario, lo que para el Derecho Penal constituye un obstáculo para la caracterización de la base sustantiva del delito, o sea, la categoría de la conducta, así como para la implementación del juicio de reprobación, atinente al análisis de culpabilidad. De ese modo, para se ajustar referido enunciado al principio de la culpabilidad, deben los operadores del Derecho interpretar en sentido de que solamente cuando los agentes, ahí nominados, ejecutaren dolosamente los tipos penales correspondientes a los delitos contra el sistema financiero nacional, existirá la efectiva responsabilidad criminal.

Siguiendo tal hermenéutica, puntúa José Carlos Tórtima, que “à luz do princípio do nullum crimen sine culpa, regente da moderna dogmática penal, seria incogitável admitir-se que a enumeração dos penalmente responsáveis contida no art. 25, pudesse resultar na automática imputação a tantos quantos ocupem as funções ali elencadas”.⁶⁹⁷ Aún añade que referida posición ya fue sostenida por la Sexta Turma del Egreio Superior Tribunal de Justicia, teniendo por Relator el Ministro Hamilton Carvalhido, en los siguientes términos:

I- A interpretação do artigo 25 da Lei n. 7.492/86, que o vê como norma de presunção absoluta de responsabilidade penal, é infringente da Constituição da República e do direito penal em vigor, enquanto readmite a proscrita responsabilidade penal objetiva e infringe o princípio nullum crimen sine culpa. II- Habeas corpus concedido para trancamento da ação penal (HC 9031/SP, DJ 13/12/1999, p. 180).⁶⁹⁸

⁶⁹⁷ TÓRTIMA, José Carlos. Op. cit., p. 151.

⁶⁹⁸ Idem, p. 152.

En la misma línea se posiciona Cezar Roberto Bitencourt, que con razón afirma que

a responsabilidade penal dos controladores e administradores de instituição financeira será única e exclusivamente a responsabilidade subjetiva, e não pelo simples fato de ostentarem a condição de controlador ou administrador, como pode parecer à primeira vista. Entendimento contrário importará em reconhecer a responsabilidade objetiva, vedada pelo texto constitucional e pelo moderno Direito Penal da culpabilidade.⁶⁹⁹

Recuerda, también, Rodolfo Tigre Maia, que “a Lei Federal 4.728/65 contém dispositivo semelhante no art. 73, cujo § 2º estabelece verdadeira responsabilidade penal objetiva dos diretores da pessoa jurídica”.⁷⁰⁰

Dispone mencionada norma, presente en la ley que disciplina el mercado de capitales y establece medidas para su desarrollo, que “*a violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores*”.

Ante a ese contenido ratificamos plenamente las observaciones del autor sobre la presencia de la expresa autorización legal de se responsabilizar al cuerpo directivo de la empresa de forma exclusivamente objetiva.

La recomendación que hacemos a los intérpretes de esas dos leyes es que, en la evaluación de los mencionados dispositivos legales, sigan las orientaciones de Luiz Vicente Cernicchiaro, cuando afirma que “*não se pode agir com afoiteza, pena de cair-se na erronia de que integrar a administração da empresa acarreta responsabilidade penal se algum representante da entidade, agindo no interesse desta, ou através dela, incursionar no terreno da criminalidade*”.⁷⁰¹

⁶⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal...**, p. 168.

⁷⁰⁰ MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. Anotações à Lei Federal n. 7.492/86. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 145.

⁷⁰¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Op. cit., p. 102.

Habría sido interesante, técnicamente correcto y sintonizado con los principios de culpabilidad y responsabilidad personal, si el legislador brasileño hubiese adoptado, en estos dos casos aquí expuestos, un contenido similar al que insertó en la Ley 4729/65, que define el delito de ocultación fiscal y da otras providencias, hoy parcialmente revocada por la Ley 8137/90, cuando, en su art. 6^o, declaró que: *“quando se tratar de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta Lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal”*. O hasta mismo aquel que está estampado en la Ley 8137/90, que disciplina los delitos contra el orden tributario, económico y las relaciones de consumo, en su art. 11, al enunciar que *“quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”*.

Aprovechando la oportunidad, aún dentro del tema de esa cuestión, cabe aquí subrayar nuestra inconformidad con la práctica pretoriana, que se muestra más incisiva en el ámbito de los delitos que versan sobre Derecho Penal económico, de ser aceptadas denuncias genéricas, sin la especificación minuciosa de las conductas de los acusados. Es lo que ya sostuvo el Supremo Tribunal Federal al decidir que *“nos casos de autoria conjunta ou coletiva, e em especial nos delitos praticados em sociedade, não se faz indispensável a individualização da conduta específica de cada agente”*.⁷⁰² Lo mismo se puede decir del Superior Tribunal de Justicia cuando dictó la decisión de que *“o crime de autoria coletiva não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa”*.⁷⁰³

En el segmento doctrinal, referida *praxis* abusiva de la garantía de la amplia defensa, tiene el respaldo, entre otros, de Júlio Fabbrini Mirabete, cuando afirma que

pela própria natureza da conduta criminosa, como nos crimes societários, de autoria coletiva ou multitudinários, não se pode exigir que a denúncia discrimine os atos específicos de cada um. Havendo a descrição única,

⁷⁰² Revista dos Tribunais N. 597, p. 416-7.

⁷⁰³ RSTJ 25/367-8.

mas homogênea, da conduta dos agentes que não tenham praticado atos isolados e distintos, é de ser recebida.⁷⁰⁴

Se constituye, de esa forma, en un procedimiento que debilita la actuación defensiva del acusado y el derecho al contradictorio, por serle imputados hechos que no están perfectamente explicitados en la acción penal, desrespetando, igualmente, el art. 41 del Código de Proceso Penal, que exige, para su proposición, que se haga la exposición del hecho delictivo, con todas sus circunstancias. Enfatizan Salo de Carvalho y Alexandre Wunderlich que

é possível sustentar, ainda, que as denúncias genéricas, fundadas em estruturas multitudinárias, indicam clara opção por modelos de responsabilidade penal objetiva ao não especificar condutas, autoria e formas de participação, postulando condenação simplesmente pelo dano produzido.⁷⁰⁵

Por eso, mencionados profesores brasileños festejan, con toda razón, cuando surgen posicionamientos jurisprudenciales que refuerzan el modelo procesal democrático, al enunciaren la regla de que las piezas acusatorias, deben ser elaboradas en términos unívocos y precisos, como, por ejemplo, la decisión pronunciada por la Sexta Turma, del Superior Tribunal de Justicia, teniendo por Relator el Ministro Vicente Leal, en los siguientes términos:

01. A denúncia deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41), com adequada indicação da conduta ilícita imputada ao réu, de modo a propiciar-lhe o pleno exercício do direito de defesa, uma das mais importantes franquias constitucionais. 02. Contém a mácula da inépcia a denúncia que formula acusação genérica de prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, sem apontar de modo circunstanciado a participação do réu no fato delituoso. 03. A mera qualidade de sócio ou diretor de uma empresa, na qual se constatou a ocorrência da prática de crime de operação irregular de instituição

⁷⁰⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 126.

⁷⁰⁵ CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. Criminalidade Econômica e Denúncia Genérica: Uma Prática Inquisitiva. In: FAYET JÚNIOR, Ney (org). **Ensaio Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 696.

financeira, não autoriza que contra o mesmo diretor seja formulada uma acusação penal em Juízo. 04. Recurso ordinário provido.⁷⁰⁶

También en ese sentido, Paulo José da Costa Júnior, Maria Elisabeth Queijo y Charles Marcildes Machado muestran su inconformidad con las llamadas “denuncias colectivas”, en que algunos miembros del Ministerio Público tienen la costumbre de apuntar como acusados, todos los integrantes del cuerpo administrativo o todos los socios de la institución financiera, sin mencionar la efectiva conducta ejecutada por cada uno, lo que acaba por perjudicar el andamio adecuado y eficiente de la persecución penal. De ese modo, sostienen que la pieza acusatoria

deverá indicar, ao menos, o nexo causal entre o comportamento do administrador e o crime que lhe é imputado e, ainda, indícios de culpabilidade, sob pena de se adotar a responsabilidade objetiva, no plano penal, o que é inaceitável. Ser administrador de instituição financeira não é crime. Por isso, não basta que a denúncia indique como acusado alguém tão-só pelo fato de ter sido administrador de instituição financeira à época da infração penal.⁷⁰⁷

11.2.6 La Semiimputabilidad

Las hipótesis de semiimputabilidad están previstas en la legislación penal brasileña en tres dispositivos legales, o sea, en el art. 26, párrafo único, del Código Penal, en el art. 28, párrafo 2º, del Código Penal y en el art. 19, párrafo único, de la Ley 6368/76 (Ley de Toxicos), que vamos transcribir aquí a la continuación:

Art. 26, Parágrafo único, do CP. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁷⁰⁶ RHC no. 12.173/SP, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 12.03.2002, v.u., DJU 08.04.2002.

⁷⁰⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José; QUEIJO, Maria Elisabeth; MACHADO, Charles Marcildes. **Crimes do Colarinho Branco**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 153.

Art. 28, §2º, do CP. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 19, Parágrafo único, da Lei 6368/76. A pena pode ser reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se, por qualquer das circunstâncias previstas neste artigo, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Con relación a la situación descrita en el último dispositivo legal citado, pasará ella a ser regulada, conforme ya registramos, por el art. 46 de la nueva Ley de Toxicos (Ley 11.343/06), aún bajo “*vacatio legis*”, cuando desarrollábamos tales consideraciones, de la siguiente forma:

as penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Se observa que en esas normas configuradoras de la semiimputabilidad encontramos la previsión de causas de disminución de pena, observables por el magistrado en la tercera fase del cálculo de la pena privativa de libertad, así como en la cuantificación de los días-multa, cuando de la medición de la sanción pecuniaria.

Sin embargo, el legislador, al fijar esas minorantes en el texto legal, utilizó la expresión de que “la pena *puede* ser reducida”, dando a entender que referida operación de ablandamiento de la punición constituye una facultad para el juez.

En ese sentido, José Frederico Marques, entre otros doctrinadores patrios, sostiene que

o juiz, ao graduar a pena, não é obrigado a diminuí-la, pois a redução é facultativa. Todavia, incongruentemente o código fixou limite mínimo dessa atenuação, dizendo que a ‘pena pode ser reduzida de um a dois terços’. Ora, se o juiz pode deixar de diminuir a pena, por que estabelecer o limite mínimo de redução em um têrço? Se o juiz pode deixar de fazer a redução,

é claro que lhe devia ter sido dada a faculdade de também poder diminuir a sanção cabível, de um quarto, ou um quinto, e assim por diante. Mais acertado, portanto, seria que o código consignasse apenas o limite máximo, estatuyendo que a redução poderia ser até dois terços.⁷⁰⁸

En ese diapasón se ha inclinado un segmento de la magistratura brasileña, como se puede verificar por la decisión ya proferida por el Superior Tribunal de Justicia, teniedo por Relator el Ministro Dias Trindade, al decir que, “*a redução da pena, em caso de semi-imputabilidade do agente, é facultativa, como está no parágrafo único do art. 26 do Código Penal*”.⁷⁰⁹

Entendemos que el posicionamiento más acertado está, entre otros autores, con Cláudio Brandão, cuando afirma que “os indivíduos fronteiriços são penalmente imputáveis, todavia, gozam de uma causa obrigatória de redução de pena, que varia de um a dois terços”.⁷¹⁰ De la misma forma entiende César Dario Mariano da Silva cuando dice que, en tales casos, en relación a la sanción penal, “sua diminuição é direito público subjetivo do acusado que tem a culpabilidade diminuída, sendo obrigatória a redução”.⁷¹¹

Referida orientación ha tenido receptividad por parte de la jurisprudencia, como se puede notar en la decisión del Superior Tribunal de Justicia, que, teniendo como Relator el Ministro Costa Leite, se pronunció en la dirección de que “*a redução de pena prevista no parágrafo único do art. 26, do CP, é de caráter obrigatório*”.⁷¹²

Endosando referida concepción, debe ser registrada la opinión de José Miguel Zugaldía Espinar en el sentido de que,

si las circunstancias de motivación del autor en el caso concreto fueron relativamente anormales y disminuyeron su aptitud psíquica para la autoregulación de su conducta, su responsabilidad (merecimiento de pena) estará también disminuida, y este dato deberá ser tenido en cuenta para –

⁷⁰⁸ FREDERICO MARQUES, José. **Curso de Direito Penal...**, p. 197-198.

⁷⁰⁹ STJ – RE – Rel. Dias Trindade – RSTJ 11/357.

⁷¹⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 170-171.

⁷¹¹ MARIANO DA SILVA, Cesar Dario. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Parte Geral. v. I., p. 123.

⁷¹² STJ – RE 10.476 – Rel. Costa Leite – DJU de 23.9.91, p. 13.090.

sean cuales fueran las necesidades preventivas de pena – no imponer una pena superior a la que merece el autor.⁷¹³

Sólo a través de esa dirección se estaría conciliando mencionada temática con el principio de culpabilidad. Si la capacidad volitiva o la consciencia de la ilicitud del agente, en el instante de los actos ejecutorios, se encontraban afectadas por sus condiciones particulares y representando tales factores elementos que son medidos en la graduación del juicio de censura de la culpabilidad, ésta deberá sufrir un ablandamiento y, por consecuencia, reflejar, naturalmente, en la mitigación de la sanción penal. Como dicen César Busato y Sandro Montes Huapaya, “*em verdade, não se pode aplicar a mesma pena ao sujeito plenamente consciente do delito cometido que ao que não a possui*”.⁷¹⁴ De modo que, estando comprobado, en el caso concreto, la presencia de la imputabilidad disminuida, por una de las situaciones elencadas en la legislación penal, el juez necesariamente deberá ser valer de la minorante, que, incluso, puede llevar a la pena definitiva para un nivel inferior al mínimo conminado en el tipo penal incriminador. La facultad del magistrado está solamente en el *quantum* de la reducción, que, una vez fijado, debe estar minuciosamente fundamentado en su sentencia condenatoria, en respeto al dispuesto en el art. 93, IX, de la Constitución Federal brasileña.

A propósito, señala, también, Diego-Manuel Luzón Peña, que

en caso de disminución de la culpabilidad disminuye correlativamente la necesidad y también la eficacia de la prevención general. Desde la perspectiva político-constitucional, el principio de culpabilidad tiene la significación indicada de los principios conexos de necesidad, eficacia y proporcionalidad, y muy especialmente es una plasmación del principio de igualdad, que prohíbe tratar igual a los culpables que a los inculpables o semiculpables.⁷¹⁵

⁷¹³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de Derecho Penal...**, p. 245.

⁷¹⁴ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 268.

⁷¹⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Derecho Penal...**, p. 86.

11.2.7 El Error en la Ejecución (“*Aberratio Ictus*”)

Cuando el agente cae en error en la ejecución, también conocido como “*aberratio ictus*”, no hay defecto de representación, pero sí un desvío en la utilización de los medios de ejecución, en virtud del accidente o considerando la ausencia de habilidad cuando del emprendimiento de conducta ilícita.

El Código Penal brasileño disciplina el instituto en su art. 73, disponiendo que

quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

Ante al expuesto se tiene entendido, por ejemplo, que si um sujeto “A” desea eliminar la vida de la persona “B”, por intermedio de la utilización de una arma de fuego y al disparar yerra la puntería y acaba por herir mortalmente el individuo “C”, tendría que ser responsabilizado por homicidio doloso. Es lo mismo que asesinar la víctima virtual “B”. Sin embargo, enseña Damásio de Jesus, en el caso de que la víctima efectiva “C” haya sufrido solamente lesión corporal, “*o agente responde por tentativa de homicídio (como se a vítima virtual tivesse sofrido a lesão). A lesão corporal culposa sofrida pela vítima efetiva fica absorvida pela tentativa de homicídio*”.⁷¹⁶

En esos dos casos, si por ventura la víctima virtual “B” fuese portadora de una “enfermedad”, el juez, en el cálculo de la pena, debería aplicar, aún así, la circunstancia agravante del art. 61, II, “h”, del Código Penal, aunque la víctima efectiva “C”, gozase de plena salud. Esto porque el legislador determina que se aplique, en tales hipótesis, la regla del art. 20, párrafo tercero, del Código Penal, que versa sobre el “*error in persona*”, en el trozo que dice que “*não se consideram, neste*

⁷¹⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**... p. 315.

caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”.

Entendemos que la solución más acertada para la “*aberratio ictus*” es concebir la existencia de un concurso formal de delitos, o sea, un delito doloso en relación a la víctima virtual y otro de naturaleza culposa, sobre la víctima efectiva. De ese modo, afirman Eugenio Raúl Zaffaroni y José Henrique Pierangeli, “*se alguém dispara contra outro e acaba matando um terceiro, teremos um concurso formal de tentativa de homicídio com homicídio culposo*”.⁷¹⁷

Véase que esa posición ha tenido aceptación mayoritaria entre los adoctrinadores alemanes, a pesar de que no haya, en la legislación germánica, cualquier regulamentación explícita para la materia aquí enfocada.

Sobre el tema distingue Eberhard Schmidhäuser, inicialmente, la hipótesis en que el agente dispara tiros contra “X”, admitiendo, sin embargo, que pueda tan sólo o también alcanzar mortalmente “Y”. En esa situación reconoce que deba el agente responder por esa muerte como homicidio consumado, con dolo eventual. Pero, aduce:

Hat der Täter die Tötung des Y dagegen nicht vorhergesehen, so realisiert sich im Tode des Y allenfalls das Übersehen des vom Leben des Y ausgehenden Wertanrufs; also kommt hier Zurechnung zur fahrlässigen Tat in Betracht; die (bewusste) Missachtung des Lebens realisiert sich dagegen nur in dem gegen X gerichteten Versuchsdelikt.⁷¹⁸

Es diferente la concepción unitaria que vigora en la legislación italiana, y que servió de base para la elaboración de nuestro actual Código Penal. Dispone el art. 82, del Código Penal Italiano de 1930, al tratar de la “*offesa di persona diversa da quella alla quale l’offesa era diretta*”, que

⁷¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal. p. 488.

⁷¹⁸ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, p. 316.

quando, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere, salve, per quanto riguarda le circostanze aggravanti e attenuanti, le disposizioni dell'articolo 60. Qualora, oltre alla persona diversa, sia offesa anche quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole soggiace alla pena stabilita per il reato più grave, aumentata fino alla metà.

Entendemos, sin embargo, que la técnica normativa de la “*aberratio ictus* monolesiva”, o sea, la provocadora de solamente un único resultado, adoptada tanto por el Derecho brasileño como por el italiano, evidencia una hipótesis de responsabilidad objetiva.

Se observa que ante a la divergencia entre lo que el agente pretendía y el resultado que acabó por provocar, tanto el Código Penal brasileño, en su art. 73, como el Código Penal italiano, en su art. 82, se utilizan de una ficción, considerando dolosa la ofensa provocada en la víctima efectiva, o sea, en la persona diferente de la cual el agente pretendía abatir.

Señalan, a propósito, Giorgio Marinucci y Emilio Dolcini, que

il legislatore finge che rispetto alla persona offesa esista quella volontà che invece esisteva solo nei confronti della persona che non si è offesa e invita a ‘transferire’ il dolo dalla vittima designata alla persona realmente offesa. Di questa finzione di dolo è consapevole parte della giurisprudenza quando afferma che “per fictio juris si opera il trasferimento del dolo dalla persona che si voleva offendere alla diversa persona che è stata effettivamente offesa (Così Cass. 27 aprile 1994, CED 198.361; Id. 8 marzo 1983, CED 158.873).⁷¹⁹

En el mismo sentido, observan Giovanni Fiandaca y Enzo Musco que el preceptuado en el art. 82, del Código Penal italiano, “finisce, in realtà, col mascherare una ipotesi di “responsabilità oggettiva”; da qui l'opportunità di un

⁷¹⁹ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Op. cit., p. 462-463.

intervento riformatore, volto a eliminare la discrasia tra l'attuale disciplina dell'aberratio ed i principi de'Il imputazione dolosa".⁷²⁰

Sin embargo, parte de la doctrina penal italiana, acatando, en su literalidad, el texto enunciado en el Código Penal, discorda de que en esa modalidad de "delito aberrante" haya cualquier tipo de desvío de las reglas pertinentes al dolo, de modo que la norma debiese ser interpretada en el sentido de identificar una tentativa dolosa de ofensa con respecto a la persona que el agente pretenda alcanzar y una ofensa consumada culposa en relación aquel que el disparo efectivamente hirió. En esa línea de pensamiento y corroborando el entendimiento de que, en el caso, lo que simplemente se tiene es un único delito doloso consumado, pondera Francesco Antolisei que

da un lato la legge non richiede affatto quale presupposto per l'applicazione della norma di cui si discute che l'offesa verso la persona designata presenti i caratteri del tentativo, dall'altro la norma stessa ribadisce il principio generale in materia di dolo secondo cui è indifferente l'identità della persona oggetto dell'offesa. Pertanto il reato nei confronti della persona colpita resta doloso come lo sarebbe stato rispetto alla persona designata se il colpo avesse raggiunto quest'ultima. Per tal motivo, non possiamo seguire l'opinione di coloro che ravvisano doversi imputare l'offesa in danno della persona diversa da quella designata a titolo di colpa o di responsabilità oggettiva.⁷²¹

Esa tesis no convence porque no hay cómo confundir el "error in persona" con la "aberratio ictus". Conforme ya señalamos, el error sobre la persona está regulado en el Código Penal brasileño en el art. 20, párrafo 3º, al disponer que "o erro quanto à pessoa contra qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime". Aquí el ofendido fue aquel contra quien materialmente se dirigió la acción, siendo éste precisamente el propósito del agente. La única divergencia que en ese caso se constata entre el deseado y el realizado se

⁷²⁰ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto Penale**. Bologna: Zanichelli, 2007. Parte Generale. p. 385.

⁷²¹ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale...**, p. 316.

refiere a la identidad de la persona a la cual fue direccionada la acción lesiva. El autor quiso efectivamente matar “B”, pero acabó confundiendo con “A”. Es irrelevante, en esa hipótesis, que el victimado haya sido “B” y no “A”, por lo tanto en el objeto de dolo de homicidio no está incluso la identidad de la personal ofendida. Cometer homicidio es querer matar a cualquier persona.

Al contrario, en la “*aberratio ictus monolesiva*”, se pretendía ofender determinada persona (en nuestro ejemplo “A”), pero, se atingió otra persona (en nuestro ejemplo “B”). Conforme enseñan Marinucci y Dolcini “*nel caso dell`error in persona si tratta di un vero e proprio omicidio doloso, nel caso dell`aberratio ictus si tratta di invece di una responsabilità oggettiva, che solo sulla base di una finzione l`ordinamento pone a carico dell`agente a titolo di dolo*”.⁷²²

⁷²² MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Op. cit., p. 463.

Capítulo 12

PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LA PENA

12 PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LA PENA

12.1 SENTIDO, IMPORTANCIA E HISTÓRICO

El principio de personalidad, o intransmisibilidad de la pena – expresamente consagrado en la Declaración de los Derechos del Hombre, de 1789, y en la Declaración de los Derechos Humanos, de 1948 –, significa que la sanción penal, según enseña Eduardo Novoa Monreal, “*debe tener su efecto única y exclusivamente sobre el responsable del delito*”.⁷²³

Tal postulado se encuentra previsto en el art. 5º, XLV, de la Constitución Federal brasileña, especificando que

nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

De este precepto constitucional, podemos sacar tres conclusiones: 1- Que la pena, sin importar su especie, bien como, mediante una interpretación sistemática y garantista, todas las modalidades de medidas de seguridad, sólo pueden imponerse a los agentes que se hicieron necesitados y merecedores, mediante previa evaluación de las responsabilidades objetiva y subjetiva, de referidas medidas sancionatorias. Con esto, está vedada la posibilidad de la sanción penal alcanzar a terceros, independientemente de poseer una relación matrimonial, familiar o hereditaria con el autor del hecho ilícito; 2- Sólo el agente infractor podrá sufrir los efectos concretos de la ejecución de la sanción penal, estando, así, completamente alejada la posibilidad de existir responsabilidad por representación en el campo del

⁷²³ MONREAL, Eduardo Novoa. **Curso de Derecho Penal Chileno**. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1966. Tomo II, p. 316.

Derecho Penal; 3- Consecuentemente, la pena y la medida de seguridad no pueden transmitirse a un sujeto distinto del autor de la infracción, de modo que, con su muerte, se extingue la punibilidad, según disponen los artículos 107, I, y 96, párrafo único, del Código Penal.

Sin embargo, vale resaltar que el principio de personalidad de la pena no toca el efecto civil extrapenal de la condena, concerniente a la obligación de indemnizar el daño provocado por la infracción penal (art. 91, I, del Código Penal y art. 63 del Código de Proceso Penal). Como declaran Sérgio Salomão Shecaira y Alceu Corrêa Junior, “*a obrigação de reparar o dano não se constitui em ônus personalíssimo do de cujos, transmitindo-se assim, aliás como reza o mandamento constitucional, aos sucessores até o limite do valor do patrimônio transferido*”.⁷²⁴ Por lo tanto, habiendo el pasado en juzgado de la sentencia condenatoria y falleciendo el autor del hecho, la ejecución de la indemnización del daño *ex delicto* se volverá contra sus herederos, incidiendo sobre el valor del patrimonio transferido, es decir, sobre la herencia, de modo que los sucesores sólo recibirán lo que restar después de la debida quitación.

Sin embargo, no siempre esta norma de personalidad de la pena reinó en la evolución histórica del Derecho Criminal. Recuerda Enrique Cury Urzúa que

en muchos pueblos primitivos, en efecto, la reacción contra el delito afectaba a todo el grupo familiar del autor e, incluso, al conjunto del clan o tribu a que pertenecía. Esa tendencia se transmite a organizaciones sociales y políticas mucho más desarrolladas y complejas, en las cuales, aun superado largamente el período de las venganzas privadas, se continúan imponiendo penas cuyas consecuencias recaen sobre la familia del responsable. Así, por ejemplo, en el derecho romano y hasta muy avanzados los tiempos modernos.⁷²⁵

Mírese, por ejemplo, que en el Derecho Penal español, el Código de 1870 trataba la pena pecuniaria con carácter de reparación civil pues, en su art. 132, afirmaba que, con respecto a las demás sanciones penales, con la muerte del reo,

⁷²⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Op. cit., p. 30.

⁷²⁵ CURY URZÚA, Enrique. **Derecho Penal**. Santiago: Jurídica de Chile, 1982. Parte General. Tomo I. p. 42

siempre sobrevendría la extinción de la punibilidad. Sin embargo, en lo que toca a la multa, sólo en la hipótesis de que el fallecimiento haya ocurrido antes de la firmeza de la sentencia. Semejante sistemática normativa se modificó en el ordenamiento jurídico del país a partir de 1932, disponiendo, hoy por hoy, de forma directa, sin abrir excepciones, el Código Penal de 1995, en su art. 130, en consonancia con el principio de personalidad de la pena, que la responsabilidad criminal se extingue con la muerte del reo.

Sin embargo, subraya Gerardo Landrove Díaz que “esta solución del Derecho español no es seguida en la totalidad de los ordenamientos punitivos; en alguno de ellos se mantiene el criterio de que la muerte del condenado no extingue las multas y demás penas pecuniarias, las cuales se asimila a una deuda hereditaria”.⁷²⁶ Es el caso, por ejemplo, del actual Código Penal Chileno, de 1874, que en el art. 93. 1, establece que “*la responsabilidad penal se extingue: 1- por la muerte del procesado, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia ejecutoria*”. Se trata de una técnica que representa, en la visión de Reinhart Maurach, “*la infracción más grosera del principio de la alta personalidad de la pena*”.⁷²⁷

En el Derecho Penal brasileño, el postulado de la intransmisibilidad de las sanciones penales casi siempre estuvo presente en los textos legislativos. Son excepciones la Constitución de 1937, otorgada por Getúlio Vargas, que fue silente cuanto al principio de la responsabilidad personal; y el Decreto del 17 de junio de 1759, en el periodo imperial, que autorizaba la transmisión de las penas para los hijos de los condenados, bien como para los descendientes de estos. Recuerda José Antônio Paganella Boschi que constituye ejemplo típico de esta situación de barbarie de la legislación de la época la condena de Tiradentes – uno de los participantes del movimiento conocido como Inconfidencia Mineira, que pretendía la independencia de Brasil en siglo XVIII –, considerando que la casa, en la cual vivía su familia, “*foi arrasada literalmente após a sua execução; o terreno foi salgado, para*

⁷²⁶ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. cit., p. 132.

⁷²⁷ MAURACH, Reinhart. Op. cit., Tomo II, p. 514.

que nele nenhuma vegetação mais nascesse, simbolizando o desejo de radical eliminação de tudo o que com ele se relacionasse ou dependesse”.⁷²⁸

Por otro lado, no hay como negar que la sanción penal, a pesar de ostentar la característica constitucional de personalidad, representa un instrumento enérgico de estigmatización social, que termina por traer reflejos perjudiciales y aflictivos también sobre los familiares del agente infractor. Esta situación refuerza la necesidad del Derecho Penal de poseer un carácter fragmentario y de intervención mínima. Realmente, mírese, por ejemplo, la situación de un sujeto de clase media, casado, con tres hijos adolescentes y que sufre una condena criminal, sendo llevado a la cárcel por algunos años. Si su pareja venía teniendo, hasta entonces, una actuación como ama de casa y educadora de los hijos, al desamparo, tendrá que trabajar para mantenerlos. Los hijos, además de sintieren la ausencia de la figura referencial del padre, tal vez percan, en virtud de la alteración de la situación financiera de la familia, algunos privilegios, tales como, por ejemplo, el de estudiaren en una escuela privada, de frecuentaren cursos de idiomas o academias de gimnástica. Además, todos os componentes padecerán con la censura social que, por cierto, recaerá sobre ellos, pudiendo producir el rompimiento de relaciones de amistad y el desligamiento de grupos sociales, manifestaciones tan incisivas que pueden forzarlos, incluso, a cambiaren su domicilio de región o ciudad. Evidentemente que los problemas se multiplican cuando el panorama económico de la familia es precario. Ante esto, afirman Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco, “*se provoca así la existencia de auténticas víctimas indirectas del delito por ser víctimas directas de la pena*”.⁷²⁹

Enfatiza Luiz Luisi que

para obviar casos iguais e similares ao aludido as legislações vem prevendo a criação de instituições aptas a prestar assistência a família do sentenciado, e mesmo das vítimas do delito. Na Itália, o chamado ordenamento penitenciário torna obrigatória a assistência a família do sentenciado. Entre nós a Lei 7210 de 11.07.1984 (Lei de Execução Penal) prevê em seu artigo 23, XII incumbir ao serviço social “orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima”. E no artigo

⁷²⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 58.

⁷²⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja; BASOCO, Juan Terradillos. Op. cit., p. 47.

29, parágrafo 1º letra “b” ordena que o produto da remuneração do trabalho do preso deverá atender, dentre outros objetivos, “a assistência à família”.⁷³⁰

No obstante, el correcto es que referidos mecanismos que tienen por objetivo atenuar el sufrimiento y la disminución en la renta de la familia del condenado son ineficaces e inoperantes, visto que el Estado siquiera tiene se esforzado por cumplir con su obligación de designar actividades laborales a los penados, lo que constituye, además, una prerrogativa suya, en los términos del art. 41, II, de la Ley de Ejecución Penal.

12.2 VIOLACIONES DEL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LA PENA EN EL SISTEMA PUNITIVO BRASILEÑO

No obstante la presencia expresa del postulado de personalidad de la pena en nuestra Ley Mayor, entendemos que en algunas pasajes de la legislación ordinaria brasileña, bien como en algunas direcciones interpretativas verificadas en el seno de la doctrina y de la jurisprudencia, no se ha respetado esa norma maestra del Derecho Penal garantista.

12.2.1 La Responsabilidad de los Socios en los Delitos de la Persona Jurídica en el Campo Ambiental

Un aspecto ya largamente discutido anteriormente dice respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos contra el medio ambiente, regulada en la Ley 9605/98. En nuestro pensar, al aplicarse una pena a una corporación, caso sea posible llegar a tal práctica procesal, se podría alcanzar socios que no tuvieron cualquier especie de participación, objetiva y subjetiva, en el ilícito penal, lesionando, con esto, el principio elemental de personalidad de la pena. En el mismo sentido, y sosteniendo, todavía, la idea de que la interpretación

⁷³⁰ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais...**, p. 36.

favorable a la responsabilidad penal de la persona jurídica representa una lamentable aberración y un retroceso, Walter Coelho dice que el principio de personalidad de la pena impide que *“terceiros – no caso, sócios inocentes da pessoa jurídica – possam ser atingidos, diretamente, por sanção de natureza criminal, embora sujeitos a outras conseqüências ou sanções de natureza extra-penal”*.⁷³¹

Con otra interpretación, y basado en el Derecho Penal español, dice José Miguel Zugaldía Espinar, en la importante obra "Derecho Penal", escrita en conjunto con los también penalistas y juristas Esteban Juan Pérez Alonso, María Dolores Machado Ruiz, María Luisa Maqueda Abreu, Elena B. Marín de Espinosa Ceballos, Juan Miguel Mora Sánchez, María Rosa Moreno-Torres Herrera, Esther Pomares Cintas, Guillermo Portilla Contreras y María Inmaculada Ramos Tapia, que *“sorprende que se afirme que la imposición de sanciones penales a la personas jurídicas viola el principio de personalidad de las penas sin explicar por qué tal cosa no ocurre cuando exactamente esas mismas sanciones (cambiadas de nombre) se imponen en vía administrativa”*.⁷³² Analizando tal afirmativa en el ámbito del sistema punitivo brasileño, la justificación se encuentra relacionada al hecho de que la Constitución Federal de 1988, cuando reglamenta el principio de personalidad de las consecuencias jurídicas, en el mencionado art. 5º, XLV, se dirige sólo a las sanciones emanadas del Derecho Penal, no involucrando, por lo tanto, aquellas provenientes de las demás ramas del ordenamiento jurídico. Tanto es que, en la segunda parte de este dispositivo constitucional, hay, conforme ya expusimos, la expresa autorización de que, en caso de muerte del autor de la infracción penal, los efectos de naturaleza civil como, por ejemplo, la obligación de reparar los daños causados, se transfieran a sus sucesores y contra ellos se ejecuten, respetando el límite del valor correspondiente a la herencia de cada uno.

⁷³¹ COELHO, Walter. **Teoria Geral do Crime**..., p. 46.

⁷³² ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Teoría de la imputación penal de las personas jurídicas. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). Op. cit., p. 962.

12.2.2 La Ejecución de las Penas Restrictivas de Derechos de la Prestación Pecuniaria y de la Pérdida de Bienes y Valores

Nos insurgimos también con la interpretación que algunos adoctrinadores hacen en el sentido de que las penas restrictivas de derechos de la *prestación pecuniaria* (art. 43, I, del Código Penal) y de la *pérdida de bienes y valores* (art. 43, II, del Código Penal), insertadas en la Parte General del Código Penal brasileño por intermedio de la Ley 9714/98, no estarían sometidas al principio de personalidad de la pena.

La prestación pecuniaria, expresa el art. 45, I, párrafo 1º, del Código Penal,

consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Referida pena ostenta un carácter híbrido, ya que concilia aspectos de coerción penal y de reparación civil. Tanto es que el valor efectivamente pagado genera, para el agente infractor, el derecho de compensación, es decir, permite el abatimiento en el *quantum* fijado por el juez en la sentencia condenatoria de un proceso de indemnización civil que eventualmente sea promovido por la víctima. Ante la circunstancia de esta pena poseer una apariencia de sanción civil, parte de la doctrina penal brasileña sostiene, con base en la segunda parte del art. 5º, XLV, que la prestación pecuniaria, por presentar una naturaleza reparadora, podría incidir sobre los sucesores del condenado. Así, señala Flávio Augusto Monteiro de Barros,

se, após o trânsito em julgado, o condenado vier a falecer ou então alienar fraudulentamente os seus bens a terceiro, pondo-se numa situação de insolvência, a execução poderá recair sobre os seus sucessores (causa mortis ou inter vivos), até o limite do patrimônio transferido, no juízo cível, pois a obrigação de reparar o dano, em tal situação, perde o carácter de pena. De conformidade com o art. 575, IV, do CPC, a sentença penal condenatória constitui título executivo judicial. Nela se materializa o an debeat e agora também o quantum debeat, sendo inegável a sua transmissibilidade aos sucessores do condenado, até o limite do patrimônio

transferido. Não é a pena que se transmite, mas a dívida, razão pela qual a execução contra os sucessores processar-se-á no juízo cível competente.⁷³³

Ya la pérdida de bienes y valores se encuentra definida en el art. 45, párrafo 3º, del Código Penal, en los siguientes términos:

A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

También aquí algunos suscitan la tesis de que el art. 5º, XLV, de la Constitución Federal brasileña, estaría admitiendo la transmisibilidad de la pérdida de bienes a los sucesores del condenado, hasta el límite del patrimonio transmitido. Resalta nuevamente Flávio Augusto Monteiro de Barros, al fundamentar esa orientación, que

com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, os bens e valores objetos da condenação incorporam-se automaticamente ao patrimônio do Fundo Penitenciário Nacional. Se, porém, o acusado falecer antes do trânsito em julgado, a punibilidade é extinta, nos termos do art. 107, I, do CP, inviabilizando-se a execução contra os sucessores.⁷³⁴

Igualmente, con base en la reserva constitucional presente en la segunda parte del art. 5º, XLV, concibe Luiz Flávio Gomes que *“tanto a pena nova de perda de bens (art. 45, § 3º) como a prestação pecuniária (art. 45, § 1º), esta nada mais é que uma antecipação da reparação dos danos, podem ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido”*.⁷³⁵

⁷³³ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Op. cit., p. 389.

⁷³⁴ Idem, p. 393.

⁷³⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 138.

No compartimos de la misma concepción, pues abogamos la idea de que todas las penas actualmente previstas en la legislación penal brasileña se vinculan al postulado de personalidad de la pena. Si es verdad que la Constitución Federal, en su art. 5º, XLV, quiso abrir espacio para que la reparación del daño y la pérdida de bienes puedan recaer sobre los sucesores del condenado, también es verdad que la Constitución exigió que esta operación fuera regulada por una ley infraconstitucional. Y, recuerda Fernando Capez, “*como a Lei n. 9714/98 limitou-se a criar as penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores, sem regulamentar, em momento algum, a transmissão da obrigação aos sucessores, ainda não é possível cogitar de tal hipótese*”.⁷³⁶

Ya para Alceu Corrêa Júnior

a segunda parte do art. 5.º, XLV, da Constituição Federal, que prevê a transmissão do perdimento de bens e da obrigação de reparar o dano aos sucessores, não se caracteriza como exceção ao princípio da personalidade da pena enquanto sanção penal, mas sim como confirmação do próprio princípio constitucional na medida em que estabelece apenas a transcendência de sanções extrapenais ou dos efeitos cíveis de condenação criminal aos sucessores do condenado.⁷³⁷

En el mismo sentido, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, con fulcro en el sistema punitivo español, sostienen que, como la sanción penal posee connotación personal, debe extinguirse con la muerte del agente infractor, lo que no ocurre con la responsabilidad civil que subsiste con respecto a sus herederos (art. 115 LECr).⁷³⁸

⁷³⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. p. 360.

⁷³⁷ CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco Penal: Alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos**. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 154.

⁷³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Op. cit. p. 574.

Capítulo 13

PRINCIPIO DEL “NE BIS IN IDEM”

13 PRINCIPIO DEL “*NE BIS IN IDEM*”

13.1 NOCIONES GENERALES

El principio del “*ne bis in idem*” presenta un aspecto dual, una vez que por un lado posee una connotación de derecho material, cuando impide que alguien sea penado dos o más veces por la práctica de la misma infracción penal; por otro lado se manifiesta, también, como un principio de orden procesal, según el cual nadie puede ser procesado criminalmente más de una vez por el mismo hecho ilícito.

Haremos aquí un análisis más detenido del enfoque material de ese principio, que veda, como se señaló, la incidencia de múltiples sanciones en los casos en que se constata la identidad de hecho, sujeto y fundamento. Sobre la aplicación de ese principio en el Derecho Penal español, registran Cobo del Rosal y Vives Antón, que la jurisprudencia ha exigido

esa triple identidad, que podría sintetizarse hablando de idéntica infracción o del mismo contenido de injusto, ya que la formulación habitual del principio (“nadie puede ser castigado dos veces por los mismo hechos”) resulta, literalmente entendida, profundamente inexacta, puesto que un mismo hecho puede lesionar intereses distintos, protegidos en normas diferentes, y ser por ello sancionado varias veces sin que tal pluralidad de sanciones vulnere ningún principio constitucional: tal sucede en los casos de concurso ideal de delitos.⁷³⁹

Constituye él un corolario del principio de legalidad, una vez que representa una regla que impide al legislador de fijar a un mismo presupuesto fáctico la conminación de más de una pena, a fin de autorizar al juzgador a hacer un doble juicio valorativo. Eso hace con que sea un instrumento que restringe la actuación

⁷³⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 91.

punitiva del Estado y que fortalece la vigencia de la reserva legal en el ámbito criminal. Como enseña Juan Bustos Ramírez,

parece evidente que en el plano estrictamente penal-criminal, este principio queda abarcado por el principio de legalidad desde una interpretación lógica, pues como la ley ha de ser estricta (lo que implica la tipicidad), necesariamente no se puede usar el mismo presupuesto para imponer más de una pena.⁷⁴⁰

Tal conexión con el postulado de la legalidad de las sanciones penales y administrativas, advenida de una interpretación de connotación material y teleológica y basada en criterios de proporcionalidad, fue expresamente reconocida por primera vez por el judicial español, registra M^a Luisa Maqueda Abreu, por la sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de enero de 1981, cuando se levantó la siguiente decisión:

el principio general del derecho conocido por non bis in idem supone...que no recaiga duplicidad de sanciones...en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento...(y) va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución.⁷⁴¹

Además de eso, en el art. 45.3 de la Carta española, se reconoce en parte el principio del “*non bis in idem*” en el espectro de la protección ambiental, al enunciar que “*se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas*”.

En la jurisprudencia española, para evitar infracción al principio del “*non bis in idem*”, ha prevalecido la tesis de que hay una subordinación de los actos sancionadores de la Administración, oriundos del Derecho Administrativo, frente a los de la autoridad judicial, correspondientes al empleo del Derecho Penal. De ese modo, una eventual colisión entre una actuación jurisdiccional y una actividad administrativa, debe ser resuelta dándose preferencia a la primera. Sin embargo,

⁷⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal Español**, p. 77.

⁷⁴¹ MAQUEDA ABREU, M^a Luisa. Límites del poder punitivo del Estado. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; ALONSO, Esteban J. Pérez (Coord). Op. cit., p. 290.

cabe señalar otra línea adoptada por el Tribunal Constitucional, en la polémica STC de 11 de octubre de 1999. En la referida decisión, el Tribunal Constitucional entendió por vulnerado el derecho fundamental de no ser castigado doblemente por el mismo hecho, considerando la circunstancia de se haber sancionado el ocurrido primeramente bajo el punto de vista administrativo y, posteriormente, bajo el prisma penal. Siendo así, se optó por la anulación de la sentencia de la jurisdicción penal, permaneciendo sólo la de carácter administrativo, se adoptando, por lo tanto, una otra línea de orientación, la cual es la prevalencia de la primera decisión que cronológicamente fue proferida, que, en este caso, fue la de naturaleza administrativa. Según Lorenzo Morillas Cueva, se trata aquí de *“una conclusión sorprendente y rechazable desde el momento en que de mantenerse esta hipótesis, los infractores suplicaran a la Administración que los sancione de inmediato para así evitar la responsabilidad penal”*.⁷⁴² Por otro lado, en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero de 2003, se vuelve a emplear el criterio mayoritario y más coherente de la prevalencia de la esfera penal, conforme se observa en el siguiente texto:

en caso de dualidad, de ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no pueden ceder ante las dictadas en aquélla. De ello se deriva que ni siquiera la determinación fáctica realizada en el procedimiento administrativo sancionador puede considerarse que ha sido objeto de pronunciamiento definitivo en estos casos de concurrencia de infracciones administrativa y penal, pues dicha acotación jurídica de los hechos ha tenido lugar por un órgano público del que no puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de intermediación, oralidad y publicidad en la valoración de prueba.

Por último, recuerda Lorenzo Morillas Cueva que

las leyes más modernas suelen contemplar en sus contenidos un precepto regulador del posible conflicto de normas de distinta naturaleza, otorgándole, generalmente, primacía a las de Derecho penal, para de este modo evitar los efectos nocivos de la doble incriminación.⁷⁴³

⁷⁴² MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Derecho Penal. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal.** ..., p. 135.

⁷⁴³ Idem, p. 136.

13.2 INFRACCIONES AL PRINCIPIO DEL “*NE BIS IN IDEM*” EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO

Haremos ahora algunos apuntamientos que, en nuestro pensar, no respetan a los mandos del principio del “*ne bis in idem*” en el sistema penal brasileño.

13.2.1 Sanciones Conjugadas o Conjuntas

Se podría, ante la constatación de que un mismo delito no puede recibir más de una pena, lanzar objeción a la técnica legislativa de se conminar para los hechos punibles, de forma acumulada, pena privativa de libertad y pena de multa, tal como ocurre, por ejemplo, en Brasil, en relación a los delitos de hurto (art. 155, del Código Penal), robo (art. 157, del Código Penal), falsedad ideológica (art. 299, del Código Penal), concusión (art. 316, del Código Penal), corrupción activa (art. 333, del Código Penal), etc. Además, sobre el delito de hurto, el legislador en parte acabó corrigiendo referida anomalía jurídica, cuando, introdució por intermedio de la Ley 9426/96, una nueva forma cualificada de hurto en el párrafo quinto, del art. 155, del Código Penal, consistente en la sustracción del vehículo automotor que venga a ser transportado para otro Estado o para el exterior. En esa nueva modalidad, al contrario de las anteriores demás especies tipológicas de hurto en que están estipuladas acumulativamente las penas de prisión y multa, la sanción penal conminada es exclusivamente la reclusión, que oscila entre tres y ocho años. Por otro lado, bajo el punto de vista de la proporcionalidad representa una contradicción el tipo básico del delito de hurto (art. 155, *caput*, del CP) tener por conminado penas conjugadas de privación de libertad y multa y una forma cualificada del mismo hecho ilícito proporcionar la incidencia solamente de la prisión para el agente infractor (art. 155, §5º, del CP).

Otro aspecto violador del principio del “*non bis in idem*” presente en la legislación brasileña ocurre en la sistemática de la responsabilidad penal de la persona jurídica, catalogada en el ya comentado art. 3º, de la Ley 9605/98, en consecuencia de la realización de actividades lesivas al medio ambiente. Esto porque el párrafo único del supra mencionado dispositivo legal enunció que la

responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la responsabilidad de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho, permitiendo, de este modo, que ocurra una doble punición de los socios culpados por la deliberación de la ejecución de actividad provocadora del daño ambiental, por tener que soportar, simultáneamente, las consecuencias jurídico-penales impuestas a la sociedad y a ellos directamente, como agentes inmediatos del hecho ilícito. Sobre el tema Carlos Ernani Constantino ilustra la siguiente hipótesis:

“A”, sócio da empresa “X”, com poderes de administração, comete um crime doloso ou culposo, contra o meio ambiente, sem que os demais sócios, “B”, “C” e “D”, da mesma pessoa jurídica, saibam o que ele está fazendo...Pelo caput do citado art. 3^o, a sociedade em si será condenada, pela responsabilidade penal objetiva, passando a condenação – ou seja, o caráter aflictivo da pena e as suas conseqüências a todos os sócios; a “A”, culpado, e a “B”, “C” e “D”, inocentes (que também participam do fundo comum, do qual sairá o pagamento da multa, ou que terão que envidar, igualmente, esforços para o cumprimento de eventual prestação de serviços à comunidade ou restrição de direitos). Pelo mesmo fato, o sócio administrador “A”, culpado, sofrerá também condenação, individualmente; ou seja: acabará pagando duas vezes pelo mesmo delito, como sócio da pessoa jurídica, em função da pena a ela aplicada (pelos reflexos imediatos aos sócios, conforme acima se expôs, da sanção imposta ao ente coletivo), e como pessoa física!...⁷⁴⁴

Percibiendo, también, ese aspecto de incongruencia sistemática en la responsabilización criminal de la persona jurídica, alerta el penalista argentino Juan María Rodríguez Estévez que *“habrán que estudiarse las dificultades que presenta la imposibilidad constitucional de la doble persecución penal por un mismo hecho. Es decir, si la sanción penal impuesta a la corporación empresaria es compatible constitucionalmente con la impuesta al directivo de la empresa a título personal”*.⁷⁴⁵

Además de eso, enmarca Dino Carlos Caro Coria que

se discute la posibilidad de acumular sanciones contra una persona jurídica (multa administrativa por ejemplo) y una persona natural (pena de multa) cuando entre ambas existe una relación de gestión o representación, y la sanción obedece al mismo hecho y fundamento. Si bien en estos casos

⁷⁴⁴ CONSTANTINO, Carlos Ernani. O art. 3^o da Lei nº 9.605/98 cria intolerável Bis In Idem. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 72, p. 12, 1998.

⁷⁴⁵ ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. **El Derecho Penal en la Actividad Económica**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000. p. 309.

puede sostenerse en el plano formal que estamos ante personas diferentes, de modo excepcional la STC español 177/1999 de 11 de octubre apreció una vulneración al *ne bis in idem* por la condena al representante legal de una empresa por delito ambiental (privación de libertad y multa) y la sanción administrativa contra dicha empresa por infracción a la Ley de Aguas (multa de la misma cuantía).⁷⁴⁶

Se añade, también, que el contenido del principio del “*ne bis in idem*” veda que una misma conducta pueda ser castigada, al mismo tiempo, con una pena criminal y una sanción de naturaleza administrativa, como ocurre, por ejemplo, en el Código de Tránsito Brasileño (Ley 9503/97), en que el legislador fijó, en el párrafo primero del art. 256, que “*a aplicação das penalidades previstas neste Código não elide as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito, conforme disposições de lei*”. Referidas penalidades administrativas están indicadas en el *caput* del mismo dispositivo legal, consistentes en la advertencia por escrito, multa, privación del derecho a conducir, aprehensión del vehículo, casación del Carnet de Conducir, casación del permiso de conducir y presencia obligatoria en curso de reciclaje. Como dice José María Suárez López, esas hipótesis de conflicto que aparecen cuando la legislación prevé que un mismo hecho sea sancionado de forma concomitante por vía penal y administrativa son inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho, “*pues supone una clara vulneración del principio non bis in idem*”.⁷⁴⁷

Se observa, aún, que la doble incidencia de la responsabilidad penal y de la responsabilidad administrativa está catalogada, también, en el art. 161, *caput*, del Código de Tránsito, cuando dispone que “*constitui infração de trânsito a inobservância de qualquer preceito deste Código, da Legislação Complementar ou das resoluções do Contran, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, além das punições previstas no Capítulo*

⁷⁴⁶ CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In: ARÚS, Francisco Bueno; KURY, Helmut; RAMOS, Luis Rodríguez; et al. **Derecho Penal y Criminología como Fundamento de la Política Criminal**. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez. Madrid: Dykinson, 2006. p. 658.

⁷⁴⁷ SUÁREZ LÓPEZ, José María. La incidencia del principio *non bis in idem* ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador). **Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial...**, p. 38.

XIX'. Ese Capítulo XIX reglamenta los delitos de tránsito, estableciendo el total de once normas penales incriminadoras.

Por lo expuesto, en el caso, por ejemplo, de un sujeto cometer el delito de embriaguez al conducir, podrá sufrir, además de las penas conminadas en el art. 306, del Código de Tránsito, que son detención de seis meses a tres años, multa y suspensión o prohibición de obtener permiso o carnet para conducir vehículo automotor, las sanciones de orden administrativo, previstas en el art.165 del mismo cuerpo legal, pero con alteración redaccional consecuente de la publicación de la Ley 11.275, de 07/02/2006. Referido dispositivo enuncia como infracción administrativa la conducta de

dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica: INFRAÇÃO: Gravíssima; PENALIDADE: Multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir; MEDIDA ADMINISTRATIVA: Retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

En el mismo sentido se posiciona Lorenzo Morillas Cueva cuando señala que, por intermedio de ese principio, un ciudadano no podrá ser sancionado más de una vez por los mismos hechos, representando hipótesis violadora de ese mando,

el conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, que es un hecho delictivo tipificado en el artículo 379 del Código penal, al mismo tiempo que se presenta como una infracción grave o muy grave regulada, en el artículo 67, por la Ley sobre Tráfico, Circulación y Seguridad Vial, de carácter administrativo.⁷⁴⁸

Con idéntica interpretación se encuentran Jesús Barquín Sanz y Juan de Dios Luna del Castillo cuando afirman que en el presente caso

ambas infracciones son incompatibles entre sí, en virtud del principio ne bis in idem; esto es, una misma persona no puede ser sancionada tanto por la

⁷⁴⁸ CUEVA, Lorenzo Morillas. **Derecho Penal. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal...**, p. 134.

vía administrativa como por la vía penal en relación con una única situación de conducción tras consumir bebidas alcohólicas.⁷⁴⁹

Ese doble juicio valorativo y punitivo, uno de naturaleza penal y otro de matiz administrativo, ocurre, también, en la hipótesis en que el agente comete el delito referente a la entrega del volante del vehículo a quien no tiene condiciones de conducir (art. 310, del Código de Tránsito). En ese caso, además de la pena de detención de seis meses a un año o, si así lo prefiere el juez, del recibimiento de la multa, estará el sujeto incurso, también, en la sanción pecuniaria, de connotación administrativa, prevista en el art. 166, del Código de Tránsito. Dispone esa norma que constituye infracción administrativa “*confiar ou entregar a direção de veículo a pessoa que, mesmo habilitada, por seu estado físico ou psíquico, não estiver em condições de dirigi-lo com segurança: INFRAÇÃO: Gravíssima; PENALIDADE: Multa*”.

Al estudiar la temática de los ilícitos de tránsito, José Marcos Marrone afirma que “a penalidade administrativa e a reprimenda criminal podem ser cumuladas, inexistindo bis in idem”.⁷⁵⁰

Osamos discordar, pues creemos que la infracción al principio del “*ne bis in idem*” se muestra evidente en esas situaciones, una vez que los ilícitos penales y los administrativos sólo se diferencian bajo el aspecto cuantitativo, de modo que la aplicación simultánea, sobre el mismo presupuesto fáctico, de sanciones penales y administrativas, se presenta como un acto arbitrario, lesionando los postulados de la limitación del poder sancionatorio estatal y de la proporcionalidad de la respuesta coercitiva.

⁷⁴⁹ BARQUÍN SANZ, Jesús; CASTILLO, Juan de Dios Luna del. Ingesta moderada de alcohol y prueba del etilómetro. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 07-15, 2005. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc>. Accedido en: 28 jul 2006.

⁷⁵⁰ MARRONE, José María. **Delitos de Tránsito**. Aspectos Penais e Processuais do Código de Tránsito. São Paulo: Atlas, 1998. p. 31.

13.2.2 La Reincidencia

En el Derecho Penal brasileño entendemos aún como violadora del principio “*ne bis in idem*” la situación de reincidencia del agente funcionando como circunstancia agravante de pena y como mecanismo obstaculizador de determinados beneficios ejecutorios. Conforme ya hemos dicho, el juez, al sancionar de forma más severa el autor de un hecho delictivo, utilizando como fundamento un delito precedente cometido por el mismo sujeto, estará realizando nuevamente un juicio valorativo y punitivo incidente sobre la primera infracción penal cometida, en relación a la cual el agente ya cumplió con todas las exigencias fijadas en la sentencia condenatoria. En esa línea de razonamiento, recuerda Lenio Luiz Streck que,

em decisão inédita, a 5ª Câmara Criminal do TJRS, por maioria de votos, entendeu ser inconstitucional (não recepcionado) o dispositivo do Código Penal que regula a reincidência, por ser um bis in idem e violar o princípio da proporcionalidade (Ac. 699291050 – Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho).⁷⁵¹

Cabe registrar aquí nuestra reprobación con la forma que algunos magistrados han lidiado con el instituto de la reincidencia, levantando, de manera demasiado desproporcional, la cantidad de sanción penal, bajo el argumento de que traduce ella una demostración más contundente del grado de peligrosidad del agente. Resalta, sin embargo, Paulo de Souza Queiroz, que

nem sempre o réu primário é menos perigoso que o reincidente. Assim, o autor de estupros seguidos, embora primário, certamente que é bem mais nocivo do que o condenado, reincidente, por furtos ou lesões corporais leves, por exemplo. Enfim, a reincidência, sobretudo nos termos em que se acha hoje definida, pouco significa, não constituindo garantia segura de maior periculosidade do infrator, a justificar, também por isso, a sua abolição.⁷⁵²

⁷⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica...**, p. 91.

⁷⁵² QUEIROZ, Paulo de Souza. Op. cit., p. 30.

13.2.3 Las Faltas Disciplinarias en la Ejecución de la Sanción Penal

La Ley de Ejecución Penal (Ley7210/84), en el art. 49, enunció que las faltas disciplinarias se clasifican en leves, medias y graves, cabiendo al legislador estatal reglamentar las dos primeras especies, delegación legislativa perfectamente admitida por la Constitución Federal de 1988, que, en el art. 24, I, autoriza la competencia concurrente de la Unión, de los Estados y del Distrito Federal en materias pertinentes al Derecho Penitenciario.

En el caso particular del Estado de Rio Grande do Sul referida atribución de normalizar las faltas de naturaleza leve y media se encuentra prevista en el “Regimiento Disciplinario Penitenciario”, publicado en el Diario Oficial del Estado el 1/04/98, específicamente en los arts. 13 y 14. Sin embargo, en la composición de ese regimiento, varias impropiedades técnicas fueron cometidas, por ejemplo, la tipificación de otras faltas graves (art. 12), además de las ya establecidas por la LEP, sin que el legislador estatal tuviese competencia para eso, se configurando, de ese modo, verdadero exceso de delegación, violador del principio de legalidad.

El objetivo aquí es hacer un análisis más centrado en las consecuencias advenidas del cometimiento de falta grave, por los condenados a la pena privativa de libertad. Dispone el art. 50, de la Ley de Ejecución Penal brasileña, que

comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I- incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II- fugir; III- possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV- provocar acidente de trabalho; V- descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI- inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta lei; VII- tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (inciso acrescentado pela Lei Nº 11.466, de 28 de março de 2007). Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

La primera crítica que puede ser suscitada al mencionado dispositivo legal y que se muestra latente, se refiere a la falta de respeto al principio de taxatividad o de determinación, verificado, por ejemplo, en el inciso I, cuando el legislador insertó las

expresiones concernientes al “movimiento para subvertir el orden o la disciplina”, sin externar, con precisión, en qué consiste exactamente ese comportamiento.

A su vez, el art. 52, de la LEP, con redacción determinada por la Ley 10.792/03, enuncia que

a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I- duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada; II- recolhimento em cela individual; III- visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de 2 (duas) horas; IV- o preso terá direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol. §1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. §2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

De igual modo, el art. 118, I, de la LEP, determina, como ya subrayamos, la transferencia del régimen más blando para otro más enérgico, por el mismo motivo, o sea, la práctica de hecho definido como delito doloso.

De pronto, se percibe la total afrenta de esa hipótesis con el principio de presunción de inocencia, contemplado en la Constitución Federal de 1988, en el art. 5º, LVII, cuando dice que “*ninguém será considerado culpado até o transito em julgado de sentença penal condenatória*”. Ante a eso, la simple detención en flagrante, la instauración de la pesquisa policial o de término circunstanciado o el propósito de acción penal por la práctica de delito doloso no deberían autorizar, súbitamente, las consecuencias aquí mencionadas, o sea, la aplicación de sanciones disciplinarias y la determinación de regresión de régimen, se debiendo, al contrario, aguardar la superveniencia del debido pasado en juzgado de la condena para que surtiesen sus efectos.

Otro aspecto que llama la atención fue la añadidura, en el art. 52, de la LEP, del “régimen disciplinario diferenciado”, por intermedio de la Ley 10.792/03, que

instituye una forma de ejecución absolutamente inhumana para aquellos condenados que tengan ocasionado “subversión del orden o de la disciplina interna”, los que presenten “alto riesgo para el orden y la seguridad del establecimiento penal o de la sociedad” y aquellos en que hayan recaído “fundadas sospechas de involucramiento o participación, a cualquier título, en organizaciones criminales y cuadrilla o bando”. Despunta aquí, en primer lugar, de forma clamorosa, la absoluta anchura de los elementos contenidos en el enunciado legal. Representa, igualmente, afrenta grave a los principios de humanidad, dignidad y de limitación de las penas, pues permite que alguien sea mantenido en una celda de aislamiento por un largo periodo de tiempo, pudiendo alcanzar hasta un sexto de la pena recibida.

Asevera Roberto Delmanto que,

com isso, violou-se, a um só tempo, a Constituição da República, que dispõe, em cláusulas pétreas, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III) e que “não heverá penas...cruéis” (art. 5º, XLVII, e); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (arts. 7º e 10); e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 5º, 2); os dois últimos, com disposições semelhantes, ratificados pelo Brasil.⁷⁵³

En el mismo sentido, demostrando cierta preocupación con la innovación ejecutoria, afirman Salo de Carvalho y Alexandre Wunderlich que

muito embora tenhamos como clara a inconstitucionalidade da lei, visto que a manutenção de pessoa em isolamento por até 360 dias não pode receber outra denominação senão a de pena cruel, vedada pela Carta Constitucional (art. 5º, inc. XLVII, CR), tememos que nossos tribunais, a começar pelas Cortes Superiores (STF e STJ), inebriados pelos discursos de emergência, não utilizem os mecanismos de controle da constitucionalidade e, por consequência, acolham a barbárie posta em lei como se fosse mera técnica pedagógica de isolamento.⁷⁵⁴

⁷⁵³ DELMANTO, Roberto. Regime disciplinar diferenciado ou pena cruel? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 11, n. 134, p. 5, 2004.

⁷⁵⁴ CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre. O Suplício de Tântalo: A Lei n. 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 11, n. 134, p. 6, 2004.

Aprovechando aún la oportunidad, otra norma pertinente a la disciplina de los condenados que merece investigación crítica es el párrafo único, del art. 49, de la Ley de Ejecución Penal, cuando estipula que la tentativa de falta sujeta al agente infractor a la misma sanción correspondiente a la falta consumada. Se trata de regla que infringe las directrices de los principios de proporcionalidad, al establecer la equiparación coercitiva entre la falta consumada y la intentada, señalando un punto de desequilibrio entre la sanción disciplinar y la gravedad del hecho. Además de eso, referido tratamiento igualitario acaba se abstrayendo del desvalor del resultado y se sosteniendo exclusivamente en las premisas de naturaleza puramente subjetiva, pues que en este plan no hay diferencia entre las formas consumadas e intentadas, ya que en ambas el agente tiene el propósito de emprender la conducta, solamente que en la primera obtiene éxito, y en la segunda no, por circunstancias ajenas a su voluntad. Por lo tanto, referida norma representa un montaje jurídico que lleva a la concepción del Derecho Penal del autor, que niega, como hemos visto, el principio de culpabilidad primordialmente derivado del hecho.

Véase que con relación a los delitos consumados e intentados, el legislador procedió de otra forma, pues, acogiendo la teoría objetiva, elaborada por Feuerbach y desarrollada por Carrara, estableció una causa obligatoria de disminución de pena (art. 14, párrafo único, del Código Penal). En ese sentido, registra Cláudio Brandão que

a teoria objetiva, adotada no Código Penal brasileiro, apregoa uma diferenciação na pena da tentativa, que obrigatoriamente deverá ser mais branda do que a do crime consumado, posto que no crime consumado haverá o dano efetivo ao bem jurídico, enquanto no tentado um perigo de dano.⁷⁵⁵

Sin embargo, el legislador, en el mismo artículo, admitió disposiciones en sentido contrario, o sea, hipótesis en que la tentativa puede ser penada con la misma pena del delito consumado, sin el empleo de la minorante. Es el caso, por

⁷⁵⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 223.

ejemplo, del delito de “evasión mediante violencia contra la persona”, tipificado en el Código Penal, en el art. 352, en los siguientes términos:

Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da pena correspondente à violência”. É de se observar que aqui, a fuga constitui simultaneamente crime e falta grave, ensejando a aplicação concomitante de sanção penal e de sanção disciplinar. Outra situação de assimilação entre as modalidades consumadas e tentadas se dá no art. 309, do Código Eleitoral (Lei 4737/65), ao punir com a mesma pena de reclusão de até três anos quem “votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem.

En esas dos normas penales incriminadoras, el legislador acabó huyendo a la regla general, empleando, según enseña Flávio Augusto Monteiro de Barros, la teoría subjetiva, elaborada, sobre todo, por Von Buri en el Derecho alemán y que busca el fundamento de la punibilidad de la tentativa en la voluntad del autor contraria al ordenamiento jurídico, preconizando que su carga sancionatoria “*deve ser a mesma do crime consumado*”.⁷⁵⁶ A nuestro juicio, igualmente aquí se encuentran infracciones a los principios de proporcionalidad y culpabilidad, por los mismos motivos ya expuestos aquí.

Importa, aún, aquí, verificar toda esa sistemática normativa de las faltas disciplinarias de naturaleza grave frente al principio del “*non bis in idem*”, aspectos que nos llevarán a abrir ese espacio de debate en el presente capítulo. Refuerza Andrei Zenkner Schmidt que el principio del “*non bis in idem*”, “*estabelece que um fato ou uma circunstância que foi sancionada ou serviu de base para a agravação de uma pena não pode ser utilizado para uma nova sanção ou agravação*”.⁷⁵⁷ Pues en el caso de las situaciones configuradoras de falta grave, todas provocan la incidencia de una serie de reprimendas, en faz de la práctica del mismo hecho, aplicables con el mismo propósito de corrección del reo, se transformando, de esa forma, en práctica violadora del mencionado postulado. De ese modo, una vez el

⁷⁵⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Op. cit., p. 205.

⁷⁵⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (org). **Crítica à Execução Penal**. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 306.

condenado a pena privativa de libertad cometa falta grave, recaerá sobre él la aplicación de sanción disciplinaria, pudiendo ser una advertencia verbal, reprensión, suspensión o restricción de derechos, inclusión en el régimen disciplinario diferenciado o, la más usada en los procesos administrativos, la determinación de aislamiento celular, medidas previstas en el art. 53, de la Ley de Ejecución Penal brasileña. Sufrirá, también, la regresión de régimen (art. 118, I, da LEP); la revocación del derecho de salida temporal (art. 125, de la LEP) y pérdida del derecho al tiempo redención, empezando la cuenta de nuevo periodo a partir de la fecha de la infracción disciplinaria (art. 128, de la LEP). Pero, también, puede el cometimiento de falta grave perjudicar la obtención de los beneficios de la progresión de régimen (art. 112, de la LEP), de la libertad condicional (art. 83, III y párrafo único, del CP) y de la conmutación de la pena y del indulto.

Como aduce Andrei Zenkner Schmidt,

a prática de uma falta disciplinar não pode continuar ensejando outras punições indiretas além da própria sanção disciplinar, numa espécie de bombardeio repressivo estatal contra um mesmo fato praticado. Mesmo que se admita que a finalidade da sanção disciplinar é a busca da disciplina do preso e, conseqüentemente, da sua readaptação social, seria um contra-senso admitirmos que um isolamento celular de até 30 dias poderia ser aplicado à míngua de uma regressão de regime, perda de remição etc. Se o isolamento não é suficiente para atingir tal finalidade, então deve-se buscar outra espécie de sanção disciplinar que o seja, sob pena de também o princípio da proporcionalidade restar atropelado. O que não se pode é tolerar que uma imensa gama de sanções sejam aplicadas a pretexto de, somadas, atingirem a suposta finalidade ressocializadora.⁷⁵⁸

⁷⁵⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal...**, p. 308.

Capítulo 14

PRINCIPIO DE IGUALDAD

14 PRINCIPIO DE IGUALDAD

14.1 SENTIDOS MATERIAL Y FORMAL

El apotegma de la igualdad jurídica, núcleo central del moderno Estado Democrático de Derecho, en el campo penal, presenta un sentido de naturaleza material y otro de orden formal.

En el primer aspecto, en lo que tiene que ver con los derechos fundamentales, despunta la regla de que todos los individuos disfrutan de las mismas oportunidades y derechos, estando vedado al legislador elaborar normas jurídicas que vengan a fijar cualquier tipo de discriminación o distinción de cualquier índole.

Bajo el prisma formal, el principio de igualdad exige que se desarrolle, en la apreciación de los ilícitos, una sistemática procesal similar, amparada por las garantías constitucionales, para todos los sujetos que vengan a ser acusados por la práctica de infracciones penales. Aún bajo el punto de vista procesal, destaca el penalista colombiano Fernando Velásquez Velásquez tres consecuencias distintas que emanan del principio de igualdad:

en primer lugar, en el curso del proceso las partes gozan de idénticas posibilidades para su defensa [audiatur ex altera parte]; en segundo lugar, los procedimientos privilegiados atendiendo a la raza, la fortuna o la cuna de las personas son inaceptables. Y, para terminar, no cabe aplicar formas procesales más desfavorables a unas personas que a otras por hechos similares, ni tampoco es posible hacer discriminaciones en razón de la vigencia de estados de excepción, motivados por perturbaciones del orden público interno o externo. Así las cosas, es evidente que tampoco en el ámbito punitivo es sostenible el postulado desde el punto de vista formal y se impone la igualdad sustancial, real.⁷⁵⁹

⁷⁵⁹ VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez. **Derecho Penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997. Parte General. p. 291-292.

Se percibe, de ese modo, que el principio de igualdad debe ser respetado inicialmente por el legislador y por el ejecutivo, en el instante de la formulación de las leyes y de actos normativos, impidiéndoles de fijar reglas que vengán a consustanciar diferencias abusivas e injustificadas de tratamiento a individuos que se encuentran en situaciones idénticas.

Pero, también, debe ser obedecido por la autoridad pública e por el juez en el momento de aplicaren las normas jurídicas, de forma a no provocar el acogimiento de cualquier tipo de diferenciación arbitraria en razón de sexo, religión, raza, clase social o convicción política. Señalan Cobo del Rosal y Vives Antón que en esa fase, *“el principio de igualdad no representa la exigencia de que supuestos idénticos sean tratados siempre del mismo modo, sino sólo la de que las diferencias se justifiquen argumentalmente”*.⁷⁶⁰

Por fin, el principio de igualdad debe ser seguido por el particular, que, enseña Alexandre de Moraes, *“não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor”*.⁷⁶¹

La Constitución Federal brasileña de 1988 consagró el principio de igualdad en los arts. 3º, IV y 5º, *caput*.

Dispone el primer de los dispositivos que *“constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*.

A su vez, el art. 5º, *caput*, enuncia que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”*.

⁷⁶⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit., p. 95.

⁷⁶¹ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 93.

Vamos ahora al registro de algunos aspectos de la legislación brasileña en que el tema de principio de igualdad está en la pauta de discusión.

14.2 EL EMPLEO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE ALGUNOS TÓPICOS DEL DERECHO PENAL BRASILEÑO

14.2.1 La criminalidad tributaria y económica. La regla del “*nemo tenetur se detegere*”

En Brasil, los delitos contra el orden tributario están definidos en la Ley 8137, de 27 de diciembre de 1990.

En el actual Código Penal brasileño, se encuentran algunos delitos típicos de esa naturaleza. Por ejemplo, en el art. 318, que dispone sobre la “*facilitação de contrabando ou descaminho*”, que consiste en “*facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho*”. De la misma forma en el art. 334, que disciplina específicamente sobre el “*contrabando ou o descaminho*”, que se trata de la conducta de “*importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria*”.

Más recientemente fue incorporado al Código Penal, por intermedio de la Ley 9983/2000, el art. 337-A, previendo el delito de “*sonegação de contribuição previdenciária*”, en los siguientes términos:

suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III – omitir total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A través de la misma ley fue creada, también, la figura criminal de la “*apropriação indébita previdenciária*”, regulada en el art. 168-A, que consiste en los siguientes comportamientos:

deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. §1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: I- recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; II- recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; III- pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

De esa forma, la Ley 8137/90 reglamenta prácticamente toda la materia atinente a los delitos contra el orden tributario, definiendo tipos penales incriminadores, previendo normas pertinentes a las multas, responsabilidad de los agentes, representación criminal, disciplinando, por lo tanto, los principales tópicos que constaban en la anterior Ley 4729/65, dejándola prácticamente por revocada.

Haciendo un análisis comparativo de esas dos legislaciones, afirma Paulo José da Costa Júnior que

os crimes definidos na Lei 4729/65 são todos de mera conduta, visto que se aperfeiçoam independentemente do resultado lesivo. Com efeito, da leitura de seus incisos se constata que o resultado não integra os tipos ali descritos. De sua parte, nos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n. 8137, o núcleo do crime é suprimir ou reduzir tributos com a intenção de causar um dano ao erário público. Trata-se, portanto, de um crime de resultado que participa da subespécie dos crimes de dano.⁷⁶²

Hubo, sin duda alguna, un avance en relación a la sistemática adoptada por la ley anterior, pues lo que debe ser sancionado es el efectivo perjuicio a los caudales públicos en virtud de las prácticas fraudulentas por el contribuyente y no la simple

⁷⁶² COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. **Infrações Tributárias e Delitos Fiscais**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 108-109.

acción defraudatoria despojada de reducción o de eliminación del tributo debido. Ante a eso, como en la legislación actual los delitos tributarios son de naturaleza material, poseen un “*iter criminis*” nítidamente fraccionable, se admite su superveniencia en la forma intentada, desde que la conducta no sea omisiva, lo que ocurre generalmente, en el comportamiento de suprimir tributo o contribución social.

La Ley 8137/90 presenta, en sus arts. 1º y 2º, diez conductas dolosas que, una vez emprendidas y causando la supresión o reducción ilegal de tributo, tendrán la incidencia de todas las reglas generales presentes en el ordenamiento jurídico-penal y procesal penal, considerando que referida legislación especial no disciplina todos los aspectos materiales y formales necesarios a la aplicación de sus preceptos normativos. Después de ese dato, cabe destacar que esa ley penal extravagante posee un fuerte eslabón con la legislación tributaria, cabiendo a ésta aclarar, por ejemplo, los elementos normativos del tipo concernientes a las expresiones “*tributo*” y “*contribuição social*”. Además de eso, aunque la supresión o reducción ilícita de tributo venga de la práctica de un ilícito penal, la obligación fiscal subsiste hasta el instante en que el crédito tributario sea constituido y extinto por cualquier de las modalidades previstas en el Código Tributario Nacional. Como dice Edmar Oliveira Andrade Filho,

os crimes contra a ordem tributária ofendem o bem jurídico tutelado pela lei penal da mesma forma como ofendem a legislação tributária. Por tais razões, a infração à legislação tributária é pressuposto para a ocorrência do crime, daí por que é necessário que antes de tudo tenha ocorrido o lançamento tributário eficaz.⁷⁶³

De esa forma, por lo expuesto, en el terreno de los delitos de ocultación fiscal, el espectro de la categoría de la antijuricidad se ensancha, sin que con eso haya pérdida de su carácter unitario, pues que constituye presupuesto del ilícito penal la existencia concomitante del ilícito fiscal, cada uno apurado con sus respectivos instrumentos procedimentales.

⁷⁶³ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário**. Crimes Contra a Ordem Tributária. São Paulo: Atlas, 1995. p. 99.

Dispone el art. 1º, de la Ley 8137/90, que constituye delito contra el orden tributario suprimir o reducir tributo, o contribución social y cualquier accesorio, mediante las siguientes conductas cometidas por particulares:

- I- omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
- II- fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
- III- falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;
- IV- elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;
- V- negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena- reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Se observa que referidas conductas ilícitas cometidas por los contribuyentes, caracterizan lo que se denomina de “fraude fiscal”, o sea, comportamientos voluntarios llenos de estratagemas, cuyo objetivo es burlar la Hacienda Pública, a través de simulaciones y encubrimientos arditos, con vistas a producir una representación engañosa de la realidad y de alcanzar la ventajosa situación de evasión fiscal. De ese modo, el legislador tuvo por objetivo, al incriminar esas acciones, justamente conceder una tutela más enérgica al erario público, protegiéndolo de la acciones fraudulentas y las falsedades, asegurando la ejecución normal de las operaciones fiscales por el poder estatal.

Aún sobre la objetividad jurídica, afirma Juary Silva que en ese elenco de delitos

não se agride o patrimônio público formado, mas apenas se prejudica o ingresso de tributos nos cofres estatais. A tutela não se endereça a bens estatais, e sim a um direito, que se poderia chamar de direito de imposição, na conformidade do qual ao Poder Público é lícito, obedecidos os requisitos

constitucionais e legais, exigir dos particulares certas prestações pecuniárias. O objeto jurídico da tutela penal não é o patrimônio público porque, enquanto não pagos, os valores pertinentes aos tributos ainda não adquiriram caráter público.⁷⁶⁴

Después de definir los delitos de ocultación fiscal en el art. 1º, la Ley 8137/90 pasa a tipificar otros delitos “equiparados”, en su art. 2º, en los siguientes términos:

Constitui crime dessa natureza:

I- fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II- deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III- exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV- deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V- utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena- detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Señala Antônio Corrêa que

se o art. 2º estabelece que são crimes da mesma natureza as condutas que passa a descrever em *numerus clausus*, estes devem logicamente estar endereçados contra a ordem tributária e com o elemento subjetivo do injusto voltado para a supressão ou redução de tributos, contribuições sociais e quaisquer acessórios.⁷⁶⁵

Por último, el art. 3º, de la Ley 8137/90, elenca los delitos contra el orden tributario cometidos por funcionarios públicos, con la siguiente redacción:

⁷⁶⁴ SILVA, Juary. **Elementos de Direito Tributário Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 190.

⁷⁶⁵ CORRÊA, Antônio. **Dos Crimes contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 157.

Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I- extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II- exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente;

Pena- reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

III- patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

Pena- reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Se observa, también, que además de estos delitos mencionados en los tres incisos del presente dispositivo legal, otros pueden ser cometidos por servidores públicos contra la administración hacendaria, como, por ejemplo, los de malversación (art. 312, del Código Penal) y la prevaricación (art. 319, del Código Penal).

Pero el núcleo central de la discusión que queremos presentar y que nos llevó a abrir ese espacio en el capítulo referente al principio de igualdad, está en el tópico pertinente a la extinción de la punibilidad por el pago de tributo.

El art. 14, de la Ley 8137/90, estipulaba la regla de extinción de la punibilidad de los delitos definidos en los arts. 1º a 3º, cuando el agente, contribuyente o servidor público, promoviese el pago de tributo o contribución social, incluso accesorios, antes del recibimiento de la denuncia ofrecida por el Ministerio Público. Tal dispositivo legal acabó por ser expresamente revocado por el art. 98, de la Ley 8383, de 30 de diciembre de 1991, dejando de haber en nuestro país, aunque no por mucho tiempo, dicha causa extintiva de la punibilidad. Sin embargo, el art. 14 de la Ley 8137/90 siguió teniendo aplicabilidad a los hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Ley 8383/91, que, por ter sido una “*novatio legis in pejus*”, se sometió al principio constitucional de la irretroactividad, entallado en el art. 5º, XL, de la Constitución Federal brasileña.

Pero, con el surgimiento de la Ley 9249, de 26 de diciembre de 1995, referida causa de derelicción del poder de penalizar del Estado volvió a se manifestar en el sistema jurídico brasileño, disponiendo el art. 34 de esa legislación que “*extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8137, de 27 de dezembro de 1990 e na Lei 4729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia*”, desencadenando, de este modo, el fenómeno de la repristinación del contenido del anterior art. 14, de la Ley 8137/90. El legislador pretendió, de esa forma, restablecer un mecanismo, propio del Derecho Penal, estimulador del pago de tributo criminalmente suprimido o reducido. Cabe destacar que para que se opere esa abdicación del poder punitivo estatal en los moldes aquí anunciados, el pago deberá ocurrir antes del recibimiento de la denuncia, mediante despacho del juez, y no de su mero ofrecimiento por parte del Ministerio Público.

Se debe destacar brevemente que similar sistemática legislativa se encuentra en el Derecho Penal español, cuando el Código Penal en vigor establece en el art. 305.4 una serie de criterios para la exención de la responsabilidad penal en relación a las deudas a que se refiere el apartado primero del mencionado artículo, pertinente aos delitos de defraudación a la hacienda pública. Sintetiza Lorenzo Morillas Cueva que

para que dicha exención se produzca se necesita lo siguiente: *a)* normalización de la situación tributaria del sujeto activo, es decir, declaración de rectificación y pago de la deuda; *b)* que ésta se produzca, *a')* bien antes que se le haya notificado por la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización; *b')* o bien, en caso de que las anteriores actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración Autonómica, Foral o Local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida; *c')* o antes de que el sujeto haya tenido conocimiento formal del inicio de diligencias penales por parte del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción.⁷⁶⁶

⁷⁶⁶ MORILLAS CUEVA, Lorenzo; CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel; et al. **Compendio de Derecho Penal Español**..., p. 551.

Por constituir el art. 34 de la Ley 9249/95 una norma penal más benéfica, se hace imperiosa su retroactividad, tocando, incluso, la eficacia de la cosa juzgada. Comentando el tema y ante a la falta de reglamentación legal expresa, Alexandre de Moraes y Gianpaolo Poggio Smanio dicen que

caso alguém haja pago o tributo antes do recebimento da denúncia, sem que tenha gerado o efeito extintivo da punibilidade, em face da ausência de previsão legal à época do pagamento, mesmo que tenha sido posteriormente condenado, a lex mitior retroagirá. Note-se que somente nessa hipótese haverá retroatividade da lei mais benigna em face da coisa julgada, ou seja, se o pagamento já fora feito antes do recebimento da denúncia.⁷⁶⁷

Entendemos que, en nombre del principio de igualdad, la mejor solución para el caso sea la de que, para los procesos criminales promovidos antes de la reprobación del art. 34 de la Ley 9249/95, el juez determine la notificación del abogado defensor para se manifestar, en determinado plazo legal, sobre el interés de su cliente en hacer el pago del tributo, situación que una vez efectivada lo llevaría a tener su punibilidad extinta.

Entretanto, registra Andrei Zenkner Schmidt que

uma nova alteração da matéria fora produzida no ano de 2000, com a edição da Lei n. 9.964, de 10/04/2000, lei esta objeto de conversão de inúmeras medidas provisórias reeditadas que regulavam a matéria. Com a criação do Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), ficou estabelecido que a empresa que viesse a aderir a esta modalidade de parcelamento programado seria beneficiada com a suspensão da punibilidade em relação aos crimes de sonegação fiscal desde que a adesão ao programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia, ficando a exclusão completa da punibilidade condicionada ao pagamento integral de todas as prestações (art. 15, §3º).⁷⁶⁸

⁷⁶⁷ MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 78.

⁷⁶⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Exclusão da Punibilidade em Crimes de Sonegação Fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 87.

Con la reaprobación de ese nuevo estatuto normativo, que reglamentó específicamente la causa extinta de la punibilidad de directores de personas jurídicas ocultadoras de tributos, se instauraron verdaderos tumultos jurídicos pertinentes al tema de la sucesión de leyes penales en el tiempo, en los casos de los contribuyentes que estaban deudores del Fisco y respondiendo a proceso criminal cuando entró en vigor la presente ley. Por ejemplo, con la posibilidad del ingreso en el programa del REFIS (*Programa de Recuperação Fiscal*) proporcionar la suspensión de la pretensión persecutória del Estado y la consecuente exclusión de la punibilidad, una vez las parcelas habiendo sido efectivamente pagadas, surge la cuestión de cómo quedaría la situación de los contribuyentes que, antes de la publicación de la Ley 9964/00, estaban deudores al Fisco y respondiendo a proceso criminal. Cabe destacar que el art. 15 de la Ley 9964/00 exige, para que se genere los mencionados beneficios, que la adhesión al REFIS ocurra antes del recibimiento de la denuncia.

Entendemos, en la presente hipótesis, que la razón asiste a Andrei Zenkner Schmidt, cuando dice que

em nome do princípio constitucional da isonomia, os casos em que a possibilidade de adesão ao REFIS verificou-se só durante a tramitação da ação penal, haja vista a inexistência da Lei n. 9.964/00 quando do recebimento da denúncia, deverão contar com a possibilidade de trancamento da ação penal a ser instrumentalizada mediante a notificação da defesa para manifestar eventual interesse na obtenção do parcelamento.⁷⁶⁹

En el mismo sentido se posiciona Luiz Henrique Pinheiro Bittencourt al afirmar que

em respeito ao princípio da justiça, ao princípio da supremacia constitucional, ao princípio da isonomia e ao princípio da retroatividade benéfica das normas penais (art. 5º da Constituição Federal de 1988 e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal), o art. 5º da Lei 9.964, de 10 de abril

⁷⁶⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Exclusão da Punibilidade em Crimes de Sonegação Fiscal...**, p. 103.

de 2000 deve ser aplicado aos denunciados anteriormente à sua vigência.⁷⁷⁰

También con la publicación de la Ley 9983/2000 se construyeron nuevas causas extintivas de la punibilidad, en relación a la ocultación fiscal de contribuciones previdenciarias, reguladas en los arts. 168-A y 337-A, del Código Penal brasileño.

En el caso del delito de apropiación indebida de contribución previdenciaria el pago del tributo sólo incentivará la declaración de la extinción de la punibilidad por el magistrado si efectuado antes del inicio de la acción fiscal, conforme preceptúa el párrafo 2º, del art. 168-A, del Código Penal. Ya el párrafo 3º, del mismo dispositivo legal, dispone que

é facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I- tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou II- o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajustamento de suas condições fiscais.

A su vez, el art. 337-A, del Código Penal, al tratar de la supresión o reducción de la contribución previdenciaria, estipuló, en su párrafo 1º, que la exclusión de la punibilidad se daría cuando el ocultador, espontáneamente, confesar y prestar las declaraciones necesarias a la previdencia social, en la forma definida en ley o reglamento, antes del desencadenamiento de la acción fiscal. Aclara Antônio Lopes Monteiro, al comentar mencionada causa extintiva de la punibilidad en el delito de ocultación de contribución previdenciaria, que *“a grande diferença em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária é que naquele há a exigência do*

⁷⁷⁰ BITENCOURT, Henrique Pinheiro. Da retroatividade dos dispositivos penais da Lei n. 9.964/00, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 8, n. 101, p. 9, 2001.

pagamento, neste não. São suficientes as demais condutas do agente antes de iniciada a ação fiscal, entendendo-se esta como fiscalização".⁷⁷¹

Enuncia, aún, el párrafo 2º, de este artículo, al adicionar más una hipótesis de perdón judicial en la legislación penal brasileña, que

é facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I- (vetado); II- o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Para dificultar aún más la sistematización de esa materia, con la publicación de la Ley 10.684, de 30 de mayo de 2003, un nuevo precepto normativo pasó a regir los efectos del pago y del financiamiento sobre la punibilidad en los delitos tributarios, configurando, de ese modo, lo que ha sido denominado "Novo REFIS" o "REFIS II", para los débitos administrados por la Secretaria de la Receta Federal, Procuraduría-General de la hacienda Nacional y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, vencidos hasta el 28 de febrero de 2003. Dispone su art. 9º que

é suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no. 8137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-lei no. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. §1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. §2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Se nota que el nuevo contenido legislativo, además de presentar una ampliación de la incidencia del programa del REFIS, eliminó el marco temporal relativo al recibimiento de la denuncia, de modo que siempre que ocurrir el pago de

⁷⁷¹ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes contra a Previdência Social**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 101.

tributo, independientemente de la fase procesal en que se encuentre la apreciación judicial del hecho, habrá la extinción de la punibilidad.

Además de eso, basándose en el principio de igualdad, alega con acierto Heloisa Estellita que “se o agente pode, a qualquer momento, parcelar o débito, suspendendo a punibilidade que, ao cabo do parcelamento, será extinta, com maior razão a mesma extinção deve atingir aquele que opta por, num só ato, pagar integralmente o débito”.⁷⁷²

Cabe destacar que esa ley, por contener aspectos más favorables en relación a la anterior, debe poseer efecto retroactivo, siendo aplicada a todos los sujetos a los cuales haya sido imputada la práctica de esos ilícitos. Para eso, no importa saber si las iniciativas del Estado con respecto a ellos, se encuentran en fase de pesquisa policial, del proceso penal ya instaurado o si ya fue proferida la sentencia condenatoria, estando, de ese modo, en la etapa ejecutoria de la sanción aplicada. De esa forma, aclara Élcio Pinheiro de Castro que

o parcelamento antes da ação impedirá seu ajuizamento; durante a instrução, suspenderá o curso do processo e da prescrição e, depois da condenação, seu cumprimento. O pagamento integral (realizado no prazo de opção) enseja a extinção da punibilidade em qualquer fase processual, subsistindo eventual condenação apenas como fato jurídico.⁷⁷³

Registra Heloisa Estellita que sobre el tema aquí focalizado, el Supremo Tribunal Federal, a partir de 2005, más específicamente del enjuiciamiento del RE 409.730, pasó a presentar dos especies de enfrentamiento de la cuestión, a depender de la fecha de adhesión al REFIS:

a) se a adesão se deu no curso do processo com denúncia recebida antes da entrada em vigor da Lei 9.964/2000, aplica-se retroativamente o próprio art. 15; b) se a adesão se deu no curso de processo com denúncia recebida

⁷⁷² ESTELLITA, Heloisa. Pagamento e Parcelamento nos Crimes Tributários: A Nova Disciplina da Lei N. 10.684/03. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 11, n. 130, p. 3, 2003.

⁷⁷³ CASTRO, Élcio Pinheiro de. O Direito Penal e os limites do parcelamento ou pagamento segundo a nova Lei n. 10.684/03. **Síntese Jornal**, Porto Alegre, Ano 7, n. 78, p. 4, 2003.

após a entrada em vigor da Lei 9.964/2000, aplica-se retroativamente o art. 9º da Lei 10.684/2003.⁷⁷⁴

La duda que queda es si esa actual legislación sobre el REFIS (Ley 10.684/03), igual que la anterior (Ley 9964/00), cuando admite la extinción de punibilidad, sólo es aplicable a las personas físicas, pertenecientes a los cuadros de personas jurídicas defraudadoras del erario público, o se posee incidencia también sobre los sujetos que ocultan sus propios tributos. Comentando ese aspecto, advierte Élcio Pinheiro de Castro que en la Ley 10.684/03, “*embora o art. 9º se reporte às pessoas jurídicas, tais regras devem ser estendidas às pessoas físicas, ex vi do inciso III do § 3º do art. 1º do novel diploma*”.⁷⁷⁵

Aclara el art. 1º, de esa ley, cuando trata de la forma de financiar el débito, en el inciso II, que, en el caso de persona física, la prestación mensual no puede ser inferior a cincuenta reales, lo que abre espacio para que en la práctica se interprete que toda esa regulación de matiz penal también sea aplicada a los entes naturales.

Se observa, ante a esa confusa estructura normativa, que el legislador brasileño, al reglamentar la actuación del Derecho Penal en el campo tributario, no actuó con coherencia y armonía, específicamente en el tratamiento acerca de las formas de alcanzar la extinción de la punibilidad en las diversas especies de ocultación fiscal ya apuntadas, lesionando, de forma saliente, los principios de igualdad y proporcionalidad.

De esa forma, por ejemplo, si un contribuyente, mediante el empleo de fraude, suprimir o reducir el impuesto incidente sobre su renta, delito capitulado en el art. 1º, *caput*, de la Ley 8137/90, para poder ser beneficiado por la extinción de la punibilidad tendrá que pagar el tributo debido, así como sus accesorios, antes de recibimiento de la denuncia, de acuerdo con el dispuesto en el art. 34 de la Ley 9249/95. El mismo procedimiento debe ser adoptado, para obtener el beneplácito estatal, por aquel de dejar de repasar a la previdencia social, en el plazo y forma

⁷⁷⁴ ESTELLITA, Heloisa. Crimes tributários nos Tribunais Superiores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 14, n. 58, p. 95, 2006.

⁷⁷⁵ CASTRO, Élcio Pinheiro de. Op. cit., p. 4.

legal o convencional, las contribuciones recogidas de los contribuyentes, según preceptúa el art. 168-A, párrafo 2º, del Código Penal.

Por otro lado, aquele que mediante ardil o tramoya suprimir o reducir contribución previdenciaria, delito capitulado en el Código Penal, en el art. 337-A, con la simple confesión espontánea acompañada de la prestación de las informaciones debidas a la previdencia social, antes del inicio de la acción fiscal, alcanzará el mismo efecto, librándose de la sanción penal.

Ante a eso, buscando corregir las incongruencias provocadas por el legislador, a fin de establecer un tratamiento igualitario en la aplicación práctica de la materia, propone Heloisa Estellita Salomão, para referidas situaciones, que,

procedendo o agente, espontaneamente, à confissão e declaração da quantia devida antes do início da ação fiscal, estaria extinta a sua punibilidade, em virtude do disposto no art. 337-A, §1º, do Código Penal, aplicado por analogia in bonam partem, aos delitos previstos nos arts. 168-A (admitida, para argumentação, sua constitucionalidade) e art. 334 (descaminho) do Código Penal e aos previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90.⁷⁷⁶

En verdad, lo que el legislador volvió a consagrar fue una causa “especial” de extinción de la punibilidad, aplicable a una categoría de delitos, cuyos protagonistas son, regla general, personas situadas en segmentos sociales más privilegiados económicamente. Para Marilene Talarico Martins Rodrigues “o pagamento ou parcelamento do débito tributário, são circunstâncias que afastam o dolo e implicam na “discriminalização” como critério de Justiça, por ser o que melhor atende os interesses sociais”.⁷⁷⁷

Hay que registrar brevemente que la Medida Provisória nº 303, de 29 de junio de 2006, instituyó más un Programa de Recuperación Fiscal (REFIS III), permitiendo

⁷⁷⁶ ESTELLITA, Heloisa. A Extinção da Punibilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária e nos Crimes Previdenciários. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 8, n. 101, p. 15, 2001.

⁷⁷⁷ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Crimes contra a Ordem Tributária. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da (coord). **Crimes contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 313.

el fraccionamiento de deudas tributarias de personas jurídicas con la Secretaria de la Receta Federal, Procuraduría General de la Hacienda Nacional e Instituto Nacional de Seguridad Social. El REFIS III, sin embargo, no disciplinó expresamente acerca de cualquier efecto penal o procesal penal relativo al pago integral o fraccionamiento de tributos, al contrario de lo que se ha visto en las sistemáticas normativas anteriores, lo que no significa que no se pueda presentar soluciones jurídicas, ya apuntadas por nosotros, para tales cuestiones. Así, sintetizando, se entiende que en lo que tiene que ver con el pago integral, no hay duda que aún que sea efectuado después del recibimiento de la denuncia o mismo después de la condena, pasado en juzgado o no, ocurrirá la extinción de la punibilidad, con base en el art. 9º, §2º, de la Ley del REFIS II, regulado por la Ley 10.684/03.⁷⁷⁸ Cuanto al fraccionamiento, señalan Fábio Machado de Almeida Delmanto, Gauthama Fornaciari de Paula y João Daniel Rassi,

a solução jurídica dependerá do momento em que é formalizado junto ao órgão arrecadatório. Se efetuado antes do recebimento da denúncia, deve ser aplicada a causa extintiva da punibilidade do art. 34 da Lei nº 9.249/95. Caso ocorra após o recebimento da denúncia, deve incidir a causa suspensiva do curso da ação penal disposta no art. 9º, *caput*, da Lei do Refis II.⁷⁷⁹

Referida posición debe ser empleada independientemente del régimen de normatización que haya sido operado el fraccionamiento, con vistas a necesidad jurídica de se prestar tratamiento jurídico igualitario para hipótesis fácticas semejantes.

En realidad, a nuestro juicio, el fundamento de esa causa de extinción de la punibilidad, prevista en la legislación brasileña, se asienta en la idea del “arrepentimiento posterior”, instituto jurídico que en las demás infracciones penales tradicionales, dirigidas, esencialmente, para controlar y punir el pueblo miserable y

⁷⁷⁸ En ese sentido: STF, HC nº 81.929/RJ, DJ 27/02/04; STJ, RHC nº 17.367/SP, DJ 05/12/05.

⁷⁷⁹ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida, PAULA, Gauthama Fonaciari de, RASSI, João Daniel. “Efeitos penais do REFIS III (MP Nº 303/06)”. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 14, Nº 166, São Paulo, 2006. p. 11.

desprovisto de bienes, ha funcionado como una sencilla minorante obligatoria de pena.

Dispone el art. 16, del Código Penal, al disciplinar el instituto del “arrepentimiento posterior”, que “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”. Si la reparación del daño se efectuara después de que el juez reciba la denuncia y antes del juicio, habrá solamente una atenuante, en los términos del art. 65, III, “b”, del Código Penal.

Ante a esa construcción normativa diferenciada y discriminatoria, nos vemos obligados a concordar con Andreas Eisele cuando afirma que el pasaje del instituto del arrepentimiento posterior de causa especial de disminución de pena para causa de extinción de la punibilidad, en el caso de los delitos contra el orden tributario,

fere o princípio da igualdade (art. 5, I, da Constituição Federal), pois eventuais autores de outras modalidades criminosas, especialmente os crimes contra o patrimônio, ainda que ressarçam o dano causado por sua conduta, não têm extintas suas punibilidades (como, por exemplo, no caso de o ladrão ser preso e devolver o produto do furto à vítima, restituindo-lhe aparelhos eletrodomésticos subtraídos).⁷⁸⁰

Se percibe, ante a esa sistemática legislativa, que el Derecho Penal es convocado a funcionar de forma simbólica y promocional, como recurso coactor de cobranza de tributos, buscando proveer las carencias estructurales del Estado en la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones tributarias y el consecuente aumento en las recaudaciones, se alejando, completamente, de sus atribuciones básicas de instrumento protector de bienes jurídicos, pues que el legislador dio primacía al rescate del crédito tributario, dejando en segundo plano, la tutela de la fe pública y de la idoneidad administrativa.

⁷⁸⁰ EISELE, Andreas. Op. cit., p. 95.

Es como si el legislador estuviese diciendo a todo el contribuyente que es posible ocultar, pero caso tenga el infortunio de ser descubierto, pague en el debido tiempo para huir de los rigores de la sanción penal. El contribuyente ocultador que realiza el pago de tributo en el instante oportuno, se libra de la cárcel, aunque eso sea a veces una demostración de un dolo más intenso, considerando que si efectuó el pago es porque probablemente tenía condiciones de hacer esto en el plazo estipulado, no concretizando la paga porque estaba contando con la suerte de que no iba a ser descubierto por el rastreo fiscalizador de la Hacienda Pública. Pero aquel que ocultó, fue descubierto en la investigación de fiscalización, pero no efectuó el pago para obtener el beneficio de la extinción de la punibilidad, tal vez porque no tenía condiciones financieras de hacer esto, una vez condenado criminalmente, recibirá la pena privativa de libertad, además de otros efectos secundarios.

De ese modo, si el objetivo velado del empleo deturpado del Derecho Penal en el sector tributario es constituirse en procedimiento preventivo general para el pago de los tributos, la aplicación de la pena privativa de libertad a los relapsos, sería una hipótesis de prisión por deuda, lo que nos podría llevar a cuestionar su constitucionalidad, una vez que la Carta Magna, en su art. 5º, LXII, preceptúa que *“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel”*.

Negando cualquier tipo de violación al mencionado precepto constitucional, alega Juary Silva que

em primeiro lugar, a Carta Política não proíbe a “prisão” em si por dívidas, de modo amplo, mas apenas a prisão “civil”, isto é, não penal, não proveniente de norma penal, aplicada, sob o contraditório, pelo Juiz criminal. Daí, a contrariu sensu, admitir-se a pena de prisão na hipótese de norma tributária inobservada dolosamente, o que não será prisão “por dívida”, mas prisão com caráter de pena criminal. Em segundo lugar, o legislador penal tributário não costuma ater-se ao simples não-pagamento de tributo para definir as figuras penais correspondentes, porém antes agrega às situações típicas consideradas alguma outra circunstância objetiva ou subjetiva, como a falsidade ou omissão de declaração exigida por lei, a retenção de quantia descontada ou cobrada de terceiro, a falsidade material ou ideológica de documento ou livro exigido por lei fiscal etc. O não pagamento puro e simples aparentemente não incide nas sanções penais tributárias, e se alguma lei assim dispuser é provável que ela padeça no todo ou em parte

de inconstitucionalidade, por afronta ao espírito (mens legis), se não à letra do art. 5, LXVII, da Constituição.⁷⁸¹

En realidad el legislador patrio no debería haber atraído el Derecho Penal para el sector tributario y económico utilizando referidos procedimientos, porque eso lo desnaturaliza, mancha las finalidades a las cuales debe estar dirigido, afecta su carácter fragmentario y de intervención mínima que debe necesariamente ostentar. En esa línea de razonamiento, afirma Juarez Tavarez que el interés fiscal del Estado está legítimamente autorizado a ser erigido como bien jurídico-penal, “*não simplesmente, por causa do poder público, mas como condição de sobrevivência ou melhor padrão de vida da pessoa humana*”.⁷⁸²

Entendemos que la tutela del erario público y del orden económico en los términos actualmente previstos en la ley penal brasileña, o sea, como medio de cobro de deudas, podría ser eficaz y dignamente obtenido a través del empleo de los instrumentos legales tributarios y administrativos, también por la implementación de una eficiente actividad fiscalizadora, con la aplicación de elevadas multas de connotación extrapenal a los ocultadores y violadores de los preceptos normativos. Además de eso, asevera Hugo de Brito Machado,

as garantias constitucionais da liberdade, a legislação processual, a doutrina jurídica e a própria cultura, criam obstáculos inúmeros à aplicação da sanção penal, diversamente do que ocorre com a sanção administrativa fiscal, que pode ser imposta por um funcionário do Poder Executivo, em processo relativamente simples, desde que assegurada a oportunidade de defesa do contribuinte.⁷⁸³

Véase, por ejemplo, las adversidades que enfrentan los operadores del Derecho en la apuración de las infracciones penales tributarias, cuando el acusado alega el derecho al silencio y la prerrogativa de no autoincriminarse (“*nemo tenetur se detegere*”), consagrados en el art. 5º, LXIII, de la Constitución Federal brasileña,

⁷⁸¹ SILVA, Juary. Op. cit., p. 34-35.

⁷⁸² TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal...**, p. 182.

⁷⁸³ MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a Ordem Tributária. SILVA MARTINS, Ives Gandra da (coord). **Crimes contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 113.

negándose, de ese modo, a prestar informaciones a los agentes fiscales. En igual sentido dispone el art. 8º.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, que

toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

De esa forma, se encuentra asegurada constitucionalmente, sin cualquier tipo de restricción, la garantía de que el contribuyente no tenga obligación de proporcionar informaciones al fisco, que puedan servir de base probatoria contra sí, para imputarle la práctica de delito contra el orden tributario, estando, por lo tanto, libre para callarse y, incluso, utilizarse de mentira, sin que estas actitudes puedan resultar cualquier carga jurídica.

Refuerza Aury Lopes Júnior, en interesantísimo análisis acerca del tema, que

através do *nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.). Sendo a recusa um direito, obviamente não pode ao mesmo tempo ser considerado delito...⁷⁸⁴

Es basándose en esa tesis que sostenemos que puede ser puesta en duda la constitucionalidad de los delitos de lavado u ocultación de bienes, derechos y valores, tipificados en el art. 1º, *caput*, de la Ley 9613/98, por falta de respeto al mencionado postulado del “*nemo tenetur se detegere*”.

Enuncia referido tipo legal que constituye delito, sujeto a una pena de tres a diez años de reclusión,

⁷⁸⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 320.

ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: I- de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II- de terrorismo e seu financiamento; III- de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV- de extorsão mediante seqüestro; V- contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI- contra o sistema financeiro nacional; VII- praticado por organização criminosa; VIII- praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal). §1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo: I- os converte em ativos lícitos; II- os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III- importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. §2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I- utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo; II- participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

A pesar del art. 2º, párrafo 1º, de esa ley haber aclarado que la denuncia ofrecida por el Ministerio Público, sobre el delito antecedente, deberá apuntar solamente indicios suficientes de su existencia, bastando eso para que el agente infractor pueda ser procesado y condenado por el delito de “lavado”, entendemos que la interpretación más acertada y adecuada con los postulados de legalidad, culpabilidad, amplia defensa y presunción de inocencia, es la de clasificar la infracción penal precedente en su completud como elemental de los tipos penales incriminadores previstos en el art. 1º, de la Ley de Lavado. De ese modo, por ejemplo, en caso de lavado de dinero consecuente de la ejecución de infracción contra el sistema financiero nacional, el agente sólo podría ser procesado criminalmente por el lavado, cuando el ilícito precedente estuviese con sus presupuestos jurídicos efectivamente verificados. Por lo tanto, hay necesidad de que en relación al delito previo se pueda extraer, por lo mínimo, la presencia de una conducta típica e ilícita, siendo innecesaria la superveniencia de la categoría de la culpabilidad, considerando que el mismo párrafo 1º, del art. 2º, de la Ley 9613/98, resalta que serán punibles los hechos previstos como delitos de lavado, aunque desconocido o *exento de pena* el autor de la infracción anterior.

Sin embargo, el art. 2º, de la Ley 9613/98 señala que “o processo e o julgamento dos crimes previstos nesta Lei: II- independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país”. Referido dispositivo, una vez se siguiendo su literalidad, acabaría por incentivar la formación de una presunción de culpa del acusado en relación al delito anterior, basada en meros indícios, rumores, conjeturas e ilaciones.

Aduce André Luis Callegari que

no processo penal dominado pelo princípio da presunção da inocência, a atividade probatória deve atender à verificação dos fatos imputados e não aos indícios destes. Traduzindo-se isto para o crime de lavagem, torna-se necessária a verificação do crime antecedente para viabilizar a sentença e não somente os indícios daquele.⁷⁸⁵

En ese sentido, señala, también Fábio Roberto D`Avila que

considerarmos que meros indícios da ocorrência do crime antecedente, mesmo que atribuindo-lhes a inapreensível característica de “sérios”, seriam suficientes para justificar uma condenação criminal por lavagem de dinheiro nos remonta às origens do Direito Penal, do Direito Penal inquisitorial, despótico, autoritário, quando a mera suspeita substituía a verdade no nefasto afã punitivo, seja qual fosse o custo de tal procedimento.⁷⁸⁶

No obstante eso, incluso aunque se venga a adoptar ese procedimiento persecutorio penal más garantista, estamos direccionados a visualizar en la incriminación del lavado de capitales una violación inseparable al postulado del “*nemo tenetur se detegere*”. Es que el legislador al incriminar ampliamente el “*blanqueo de dinero*” en los enunciados de la Ley 9613/98, tuvo por objetivo, como dice William Terra de Oliveira, “*punir os processos de atribuição de aparência de licitude a bens, direitos ou valores cuja origem deita raízes em fatos ilícitos*”

⁷⁸⁵ CALLEGARI, André Luis. Problemas Pontuais da Lei de Lavagem de Dinheiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 8, n. 31, p. 189, 2000.

⁷⁸⁶ D'ÁVILA, Fábio Roberto. A Certeza do Crime Antecedente como Elementar do Tipo nos Crimes de Lavagem de Capitais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 7, n. 79, p. 4, 1999.

anteriores".⁷⁸⁷ Pero al construir ese procedimiento sancionatorio de las operaciones desarrolladas por el agente en el sentido de convertir los valores ilícitos obtenidos en capitales lícitos, a fin de hacerlos disponibles, acabó por crear sustancialmente un sistema jurídico que se constituye en la punición por la no confesión de un delito cometido anteriormente. Como aduce Alberto Binder,

do silêncio do acusado, de sua recusa em depor ou de sua mentira não se podem extrair argumentos a contrario sensu. Isto é muito importante, pois o contrário equivale a fundamentar as resoluções judiciais sobre uma resolução surgida de um ato de defesa do acusado. E, em última instância, esse fato violaria seu direito de defesa.⁷⁸⁸

Volviendo al tema central de ese capítulo, como afirmamos, lo ideal sería que el Derecho Penal no interviniese de forma amplia en los aspectos tributario y económico, particularmente como mecanismo de cobranza de deudas, pero, infelizmente, el proceso legislativo se ha mostrado invertido, siendo que la tendencia es cada vez más extender su incidencia en los campos, como comprueban las innúmeras leyes que han surgido en las últimas décadas para reglamentar esa temática.

Por lo tanto, ante a la falta de perspectiva de se volver el Derecho Penal sólo a la tutela mínima y fragmentaria de los bienes jurídicos y de la ausencia de cualquier proyecto de adopción de una política criminal racional de descriminalización de los delitos contra el orden económico y tributario, de modo que se deje la protección mas amplia de esos valores con las demás ramas del Derecho, entendemos que se deba extender, en respeto a los principios de igualdad y proporcionalidad, las normas que restringen la actuación coercitiva estatal en las infracciones fiscales, por se tratar de extirpadores de la punibilidad, a los demás ilícitos penales.

⁷⁸⁷ OLIVEIRA, William Terra de. A Criminalização da Lavagem de Dinheiro (Aspectos Penais da Lei 9.613 de 1º de Março de 1998). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 6, n. 23, p. 115, 1998.

⁷⁸⁸ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 135.

Con eso, se debe pasar a admitir que la reparación del daño o la restitución de cosas, o sea, el arrepentimiento posterior, funcione no más como mera minorante de pena, tal como establece el art. 16, del Código Penal, pero como causa de extinción de la punibilidad. Puntúa Andrei Zenkner Schmidt que

como a sonegação fiscal não deixa de ser uma modalidade de furto burguês, seria uma atitude proporcional e isonômica para esta disparidade entre as duas modalidades de delitos não o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 34 da Lei n. 9.249/95, mas sim a sua aplicação analógica (analogia in bonam partem) aos delitos patrimoniais.⁷⁸⁹

Para Lênio Luiz Streck, la Ley 9249/95 es una de las mayores demostraciones de que nuestra legislación deliberadamente tiene por finalidad proteger a las clases media-superiores. Según él

o art. 34 da Lei n. 9.249/95 trouxe evidentes benefícios aos sonegadores de impostos e de contribuições sociais, ao introduzir a possibilidade de o sonegador ficar isento do crime em caso de pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia criminal. Enquanto isso, ao “cidadão-comum-não sonegador”, em caso de crime contra o patrimônio em que não tenha restado prejuízo à vítima (restituição ou recuperação da res), há somente o benefício do desconto da pena (art. 16 do Código Penal). Como contraponto, em decisão inédita nos Tribunais brasileiros, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do RS, por maioria de votos, acatou na integralidade parecer de minha autoria, aplicando o mesmo art. 34 da Lei n. 9.249 a um caso de furto de bicicleta. No caso, ocorreu o furto do objeto e imediata prisão em flagrante, não restando qualquer prejuízo à vítima. A decisão foi assim ementada: Proc. N. 296026750 – Alvorada, RS. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TENTATIVA DE FURTO. Decretada a extinção da punibilidade do réu com base no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, e artigo 34 da Lei 9.249, de 26.12.95, por analogia. Princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal, corretamente aplicado na espécie.⁷⁹⁰

Simpatizante también de la idea de se adoptar ese procedimiento analógico está Salo de Carvalho, cuando sostiene que referida operación representa una

⁷⁸⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Exclusão da Punibilidade em Crimes de Sonegação Fiscal...**, p. 123-124.

⁷⁹⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Heremênutica Jurídica e(m) Crise**. Uma Exploração Heremênutica da Construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 59.

forma de se flexibilizar la legalidad vía interpretación material, contribuyendo así para la formación del que él denomina de “*dogmática penal garantista*”.⁷⁹¹

En verdad, a nuestro juicio, toda esa discusión acerca de la aplicabilidad extensiva de la regla de extinción de la punibilidad por la reparación del daño ya podría ser objeto de análisis jurídico a varios años. Todo eso porque desde la reprobación del actual Código Penal brasileño, que ocurrió con el Decreto-ley 2848, de 7 de diciembre de 1940, consta para el delito de peculado culposo que “*a reparacão do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta*” (art. 312, §2º, del Código Penal). Por lo tanto, en respeto al principio constitucional de igualdad, referido procedimiento debería ser aplicado a los autores de las demás infracciones penales o, por lo menos, para los demás ilícitos culposos, por ejemplo, en la receptación (art. 180, §3º, del Código Penal) y en el incendio (art. 250, §2º, del Código Penal).

14.2.2 La Sistemática del Juzgado Especial Criminal

14.2.2.1 Nociones introductorias

Con la Constitución Federal de 1988, se pasó a tener más una modalidad clasificatoria de las infracciones penales. Preceptúa su art. 98, I que

a União, no Distrito Federal e nos territórios, e os Estados criarão: I-juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

⁷⁹¹ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil...**, p. 92.

Posteriormente fue sancionada la Ley 9099, de 26 de septiembre de 1995, que reglamentó esa norma constitucional, disponiendo sobre los “Juzgados Especiales Civiles y Criminales”, en el ámbito de la Justicia Estadual, instituyendo una nueva concepción de prestación jurisdiccional, en que se abandona la estructura tradicional de la “Justicia Criminal Conflictiva” y se instituye, según Cezar Roberto Bitencourt, un nuevo modelo de apreciación judicial de las infracciones penales, denominado de “Justicia Criminal Consensual”, innovación procesal que trajo una verdadera revolución en el Poder Judicial Brasileño.⁷⁹²

Rererida legislación procuró hacer con que Brasil ingresase en la tendencia mundial de modernización de la Justicia Criminal, en el sentido de se implementar procedimientos más céleres que viniesen a amenizar la morosidad en la resolución de los conflictos, tal como se verificó, en las últimas décadas, en las reformas procesales ocurridas en Alemania, Portugal e Italia. En ese sentido, fueron creados institutos penales y procesales de carácter nítidamente despenalizadores, se estableciendo, en cierta medida, la disponibilidad de la acción penal pública y el método consensual para la solución de determinadas controversias penales, se fijando, aún, como soportes básicos, el procedimiento oral y el rito sumarísimo, proporcionando, de esa forma, la deseada dinamización y desformalización procesal y, consecuentemente, la desburocratización y la simplificación de la Justicia criminal.

Se ha alardeado que, por intermedio de esa *lex nova*, se neutralizó, un poco, la concepción retrógrada del Derecho Penal visto bajo el enfoque simbólico, promocional, excesivamente intervencionista y preventivo, características que han orientado su actuación en nuestro país y cuya introducción en nuestro medio ocurrió, principalmente, con la promulgación de leyes que disciplinan los crímenes horrendos (Ley 8072/90) y el delito organizado (Ley 8930/94), inspiradas en las directrices del movimiento de la “*law and order*”. Por lo tanto, la Ley 9099/95 fue muy festejada en el campo jurídico brasileño, por haber señalado un cambio de rumbo, inaugurando un nuevo paradigma de Justicia criminal, basada, en la averiguación de las infracciones penales de menor potencial ofensivo, por los principios de oralidad,

⁷⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 13.

informalidad, economía procesal y celeridad. Se engrandeció la circunstancia de que sus procedimientos peculiares, diferentemente de los tradicionales recursos materiales y formales empleados en la averiguación de la delincuencia con capacidad de dañar más elevada, hacen visible la adopción de una política-criminal estatal proporcional a la lesividad de los hechos.

Haciendo un análisis crítico de la cualidad de producción normativa en el campo penal, asevera Alberto Silva Franco que

o legislador penal brasileiro perdeu, há alguns anos, por razões que demandam, por certo, um exame psicológico mais aprofundado, sua capacidade criativa. Da prancheta desse estilista, não mais surgiram desenhos originais nem traçados de linhas modernas, nem esboços atraentes. A imaginação esgotou-se. Embora a produção continue num ritmo febril, a qualidade do trabalho definhou a olhos vistos. Por exaustão, por incompetência ou, até mesmo por propósitos políticos, o estilista jogou fora, em vários momentos, o papel e o lápis, e ao invés de pontos, linhas, ângulos ou traços que dão forma a um novo desenho preferiu privilegiar a aposição de sua "griffe" em modelos velhos.⁷⁹³

Pues, en el caso de la Ley 9099/95, se ha destacado el hecho de que el legislador patrio tuvo la audacia de no inclinarse al "modelito" retrógrado de cuño en el movimiento de la "*law and order*", una vez que en su contenido no se encuentran la creación de nuevos tipos penales incriminadores, no se visualiza el agravamiento de penas y no hay la previsión de las restricciones de costumbres a los beneficios ejecutorios, como regla general se ha visto en la estructura legislativa construida en las dos últimas décadas.

Sin embargo, permanecen a nuestro juicio, algunos resquicios y síntomas del vicio al formato "*paleorepresivo*", o sea, de la idolatría y sumisión al modelo del Derecho Penal de manifestaciones simbólicas, considerando que, en la operacionalización de los procedimientos céleres y sumarios de verificación de las infracciones penales de menor potencial ofensivo, fueron mutilados algunos derechos y garantías fundamentales, conforme demostraremos a continuación.

⁷⁹³ SILVA FRANCO, Alberto. O estilista desavisado. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 3, n. 33, p. 3, 1995.

La flexibilización, desburocratización y deformalización de los procedimientos puestas como directrices por la justicia negocial provocan fracturas en las garantías fundamentales. Para Geraldo Prado, “*entregar à justiça penal consensual a tarefa de dar solução a conflitos de menor significado social importa apenas em deslocar o conflito sem extrair disso nenhum proveito quanto à coesão do grupo comunitário*”.⁷⁹⁴

En verdad, al contrario de lo que se piensa, la justicia negocial, que está primada por una política utilitarista con vistas a obtención de la máxima eficiencia, también está contaminada por la dirección neoliberal de la “*law and order*”, comprimiendo, conforme vamos a ver, los tradicionales principios penales y procesales. Sostiene, a propósito, Aury Lopes Júnior, que “*quando todos defendem a intervenção penal mínima, a Lei n. 9099 vem para ressuscitar no imaginário social as contravenções penais e outros delitos de bagatela, de mínima relevância social. Por isso, ela está inserida no movimento de banalização do direito penal e do processo penal*”.⁷⁹⁵ Con igual contenido crítico, argumenta Jacinto Néelson de Miranda Coutinho que “*na Lei nº 9.099/95, deu-se um belo exemplo daquilo que não deve ser a efetivação constitucional, pois, no caso, embora se tivesse pensado em fazê-la, não se concretizou*”.⁷⁹⁶

14.2.2.2 Líneas conceptuales acerca de las infracciones penales de menor potencial ofensivo

Inicialmente, cabe aclarar que “las infracciones penales de menor potencial ofensivo” que son de la alzada del Juzgado Especial Criminal, fueron definidas preliminarmente por la Ley 9099/95, en su art. 61, como siendo “*as contravenções*

⁷⁹⁴ PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 94.

⁷⁹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 113.

⁷⁹⁶ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Néelson de. Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais (Uma leitura de certa “efetivação” constitucional). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 14.

penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial'.

Más tarde entró en vigor la Ley 10.259, de 12 de julio de 2001, que, reglamentando el párrafo único del art. 98, de la Constitución Federal brasileña, añadido por la Enmienda n. 22, de 18 de marzo de 1999, creó los Juzgados Especiales Civiles y Criminales, en el ámbito de la Justicia Federal, a los cuales se aplica, en lo que no conflictar con ella, el dispuesto en la Ley 9099/95, instituidora del Juzgado Especial en el campo de la Justicia Estadual.

Extrañamente, a los efectos de esa nueva regulación, el legislador resolvió modificar el concepto de “infracción penal de menor potencial ofensivo”, pasando a entender, en su art. 2º, párrafo único, que son “*os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa*”. No se refiere a las faltas, considerando que todas ellas son de la competencia de la Justicia Estatal y competencia del Juzgado Especial Criminal.

Ante ese concepto más amplio de infracción penal de menor potencial ofensivo, proporcionado por el legislador ordinario de la Ley 10.259/01, surgió la cuestión si iba a seguir en vigor el art. 61 de la Ley 9099/95, en la parte referente a los delitos.

Siempre entendemos que la manutención de esos dos conceptos dispares infringía los principios de proporcionalidad y de isonomía, una vez que provocaría tratamientos diferenciados a personas que se encuentran en la misma situación típica. Es el caso, por ejemplo, de los delitos de resistencia (art. 329, del Código Penal) y de desacato (art. 331, del Código Penal), que si fuesen cometidos contra una autoridad federal proporcionarían a sus autores la posibilidad de transaccionar con el Ministerio Público, mientras que, si se cometen contra funcionarios públicos estatales, a seguir la regla original y literal de la Ley 9099/95, tal hipótesis no existiría, pues que en el plan de la Justicia Estadual referidas infracciones no serían clasificadas como de menor potencial ofensivo, pues ambas ostentan como pena máxima dos años de detención. Por ocasión de esa discusión, aseveran Mariana de Souza Lima Lauand y Roberto Podval que el legislador patrio estableció

uma distinção materialmente infundada entre situações iguais, isto é, entre delitos com pena idêntica e que tutelam o mesmo bem jurídico, tendo como única diferença o juízo no qual serão deduzidas as pretensões punitivas, devido a um particular interesse da União na causa.⁷⁹⁷

De ese modo, siempre sostenemos que para que fuesen preservados los principios de proporcionalidad y de isonomía debería se entender que el art. 2º, párrafo único, de la Ley 10.259/01, había derogado el art. 61, de la Ley 9099/95, en la parte referente a los delitos, permaneciendo vigente la atinente a las faltas, que siguen siendo todas de la competencia del Juzgado Especial Criminal, en el campo de la Justicia Estadual. En ese sentido, por varias veces, se manifestaron los Tribunales⁷⁹⁸ y la doctrina⁷⁹⁹.

En consecuencia de eso se afirmó que estaría contaminado por el vicio de inconstitucionalidad el art. 20 de la Ley 10.259/01, que expresamente impidió la aplicación de sus preceptos en el espectro de la Justicia Estadual, dispositivo que demuestra que el intuio del legislador cuando redigió la nueva legislación era de mantener la insostenible dicotomía conceptual de infracción de menor potencial ofensivo, en las esferas Estatal y Federal.

Acogiendo posicionamiento diverso, Jorge Assaf Maluly y Pedro Henrique Demercian no visualizaron, acerca del tema, ninguna inconstitucionalidad en la fijación de conceptos distintos de infracción de menor pontencial ofensivo, pues, según ellos, siempre fue pretensión de la Constitución Federal disciplinar los Juzgados Especiales de forma distinta en los ámbitos estatal y federal, con vistas a atender sus peculiaridades. De esa forma, en el entendimiento de los mencionados adoctrinadores, sería vedada su uniformización por parte del Poder Judicial, que no puede sustituir el legislador alterando el sentido de las normas, cabiéndole exclusivamente la tarea de aplicarlas como ellas se presentan y no como desea que

⁷⁹⁷ LAUAND, Marian de Souza Lima; PODVAL, Roberto. Juizados Especiais Criminais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 9, n. 107, p. 23, 2001.

⁷⁹⁸ Por ejemplo: TJRS – RSE 70003736428 – 5ª Câmara Criminal – Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho – DOERS 27.03.2002.

⁷⁹⁹ Por ejemplo: GOMES: Luiz Flávio. Lei dos Juizados Especiais Criminais (L. 10.159/01). Aspectos Criminais. In: WUNDERLICH, Alexandre (org). **Escritos de Direito e Processo Penal** (em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 224-225.

fuesen. Por lo tanto, destacan que “*com o intuito de combater uma alegada inconstitucionalidade, não pode o intérprete proceder de uma forma inconstitucional, alterando conceitos legais pela via jurisdicional*”.⁸⁰⁰

Ya para Carlos Ernani Constantino, el legislador infraconstitucional cuando redigió los arts. 2º, párrafo único y 20, de la Ley 10.259/01, fue con el propósito de construir un concepto más amplio de infracciones de menor potencial ofensivo solamente para los delitos federales propiamente dichos, o sea, para aquellos hechos punibles que son de la competencia exclusiva de la Justicia Federal y que, en hipótesis alguna, serán apreciados ante los Juzgados Estaduales. Por entender que la Justicia Federal Común ostenta naturaleza especial, el legislador, por razones de política criminal, estaría autorizado a establecer una definición más amplia acerca de lo que son infracciones penales federales de menor potencial ofensivo. En virtud de eso, propuso como solución para el conflicto aparente de normas penales entre los arts. 61, de la Ley 9099/95 y 2º, párrafo único, de la Ley 10.259/01, las siguientes hipótesis:

a) Ocorrendo uma infração penal federal de menor potencial ofensivo, isto é, um crime federal propriamente dito de menor potencial ofensivo (como é o caso do art. 289, §2º, do CP), o juiz federal aplicará o art. 2º, parágrafo único, da L. 10.259/01; b) Acontecendo um desacato contra um servidor público federal (e levando-se em consideração que tal crime não é federal propriamente dito, pois pode ser julgado tanto pela JF, quanto pela Estadual, dependendo da pessoa que vier a ser desacatada) ou ante a prática de qualquer outro crime de competência concorrente, o juiz federal aplicará o critério do art. 61 da L. 9.099/95, perante o JECRIM Federal; c) Cometendo alguém um desacato contra um servidor público estadual ou qualquer outro crime de competência concorrente, o juiz estadual continuará aplicando o critério do art. 61 da L. 9.099/95, perante o JECRIM Estadual (aliás, o juiz estadual somente se utilizará da L. 9.099/95, sempre); d) Vindo alguém a praticar uma contravenção em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, e sendo tal infração penal de competência da Justiça Estadual Comum (Súm. 38 do STJ), o juiz estadual aplicará o critério do art. 61 da Lei 9.099/95, perante o JECRIM Estadual.⁸⁰¹

⁸⁰⁰ MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. A Lei dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, Ano III, n. 13, p. 143, 2002.

⁸⁰¹ CONSTANTINO, Carlos Ernani. Infração Penal Federal de Menor Potencial Ofensivo – Sobre o art. 2º, parágrafo único, da Lei N. 10.259/01. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano III, n. 13, p. 151, 2002.

Con eso, ante a la interpretación entonces predominante, la pena máxima para que un delito fuese catalogado como de menor potencial ofensivo, tanto en la Justicia Federal como en la Estatal, pasó a ser de hasta dos años, abarcando incluso aquellos de rito especial, pues que la Ley 10.259/01, no hace cualquier restricción a ese aspecto, pasando, de ese modo, a abrigar en contenido, por ejemplo, los delitos contra la honra (arts. 138, 139 y 140, del Código Penal), abuso de autoridad (Ley 4898/65) y prevaricación (art. 319, del Código Penal). De ese modo, al se adoptar esa línea de interpretación, pasaron también a hacer parte del elenco de las infracciones de menor potencial ofensivo, de la competencia del Juzgado Especial Criminal, algunos delitos de amplia incidencia, como, por ejemplo, el porte de drogas para uso propio (art. 16, de la Ley 6368/76), la lesión corporal en la conducción de vehículo automotor (art. 303, del Código de Tránsito) Es importante destacar que la nueva Ley de Tóxicos (Ley 11.343/06), conforme ya apuntamos, para el delito de usuario de drogas, tipificado en su art. 28, no está más conminada la pena privativa de libertad. Pero, en su art. 48, § 1º, determinó expresamente, que referida infracción penal será de la competencia del Juzgado Especial Criminal, en los siguientes términos: *“o agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais”*.

Delante de todo eso, señala Luiz Flávio Gomes,

em todas essas infrações, não há que se falar em inquérito policial, senão em termo circunstanciado. De outro lado, ainda que o autor do fato seja capturado em flagrante cometendo a infração, não se lavra o auto de prisão respectivo, continuando o capturado, após a lavratura do termo, em liberdade (independentemente de fiança ou qualquer outra restrição), salvo se ele se recusa a comparecer em Juízo.⁸⁰²

Además, por haber representado una sistemática normativa más benéfica, se sostenía, sobre el aspecto aquí focalizado, la necesidad de la Ley 10.259/01 tener

⁸⁰² GOMES, Luiz Flávio. Nova competência dos Juizados criminais e seus reflexos práticos. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 9, n. 110, p. 3, 2002.

efectos retroactivos y ser aplicada a todas las situaciones pretéritas, no habiendo, incluso, específicamente para el caso de adopción del nuevo concepto de infracción de menor potencial ofensivo, sentido alguno para la sumisión a la regla de su art. 27, que había fijado un plazo de seis meses de “*vacatio legis*”. Incluso, sobre la tal cuestión de naturaleza temporal, entendemos, conforme ya expuesto, que una ley penal más benéfica, una vez siendo publicada, ya adquiere fuerza para ser aplicada, no necesitando el juez aguardar su efectiva entrada en vigor, en los términos del art. 5º, XL y párrafo 1º de la Constitución Federal brasileña. Acogiendo el mismo posicionamiento se encuentra Fernando Tadeu Cabral Teixeira.⁸⁰³

Pero las discusiones acerca del concepto de infracción de menor potencial ofensivo no se terminan por aquí, llegando, por ejemplo, Luís Paulo Sirvinskas a proponer, ante a la redacción constante en el art. 2º, párrafo único, de la Ley 10.259/01, que

independentemente da quantidade da pena privativa de liberdade, mas, em havendo a previsão de multa alternativa, aplica-se a Lei dos Juizados Especiais Criminais. O legislador pretendeu abarcar, principalmente, os delitos contra as relações de consumo previstos no art. 7º, da Lei n. 8.137/90, cuja pena é de “reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa”.⁸⁰⁴

Por otro lado, haciendo una hermenéutica constitucional crítica sobre el tema y destacando el momento de crisis que pasan las construcciones dogmáticas acerca del bien jurídico debido al exasperado disenso de líneas conceptuales, sostiene Lenio Luiz Streck y André Copetti la siguiente posición:

da simples leitura dos dispositivos previstos nas Lei 9.099 (art. 61) e 10.259 (art. 2º, par. único) é possível detectar uma perigosa fragilização da teoria do bem jurídico, uma vez que, ao estabelecer como tábula rasa que são passíveis de transação penal – porque incluídos fictamente no rol de

⁸⁰³ TEIXEIRA, Fernando Tadeu. Primeiras impressões sobre a Lei n. 10.259 de 12 de julho de 2001, que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 9, n. 106, p. 3, 2001.

⁸⁰⁴ SIRVINSKAS, Luis Paulo. Ainda sobre a aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais na esfera estadual. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 10, n. 113, 2002.

infrações de menor potencial ofensivo – todos os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos –, o legislador tratou isonomicamente bens jurídicos absolutamente discrepantes entre si, como o patrimônio individual, o patrimônio público, o patrimônio social (direitos de segunda geração), o meio-ambiente (direitos de terceira geração), a moralidade pública, a honra, etc. Isto para dizer o mínimo! Para se ter uma idéia, veja-se o extenso rol de delitos que hoje passaram a ser epitetados como “infrações de menor potencial ofensivo” (são mais de cinquenta e seis figuras típicas do Código Penal e mais catorze delitos previstos em leis especiais que se agregam às dezenas de infrações já enquadradas na Lei 9.099).⁸⁰⁵

Como alternativa para corrigir referida mecânica confrontadora de la teoría del bien jurídico constitucional, construida a partir del surgimiento del art. 2º, párrafo único, de la Ley 10.259, propone el profesor y Procurador de Justicia Lenio Streck, el empleo de la técnica de la declaración de nulidad parcial sin reducción de texto, también conocida como inconstitucionalida parcial sin reducción de texto, oriunda del Derecho alemán (“*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*”). Todo con el objetivo de armonizar el elenco de infracciones penales de menor potencial ofensivo con los valores y preceptos fundamentales consagrados en la Constitución Federal, propios de un Estado Democrático y Social de Derecho, buscando evitar, de esa forma, la equiparación de hechos punibles no equiparables, se excluyendo, por inconstitucionalidad, determinadas hipótesis de aplicación del supra referido contenido normativo, sin que con eso se altere expresamente el texto legal. Aclara Lenio Streck que

não se está a dizer que todo o parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259 é inconstitucional, até porque algumas infrações, de fato, mesmo que suas penas máximas cheguem ao limite de dois anos, corretamente devem estar sob a égide dos Juizados Especiais Criminais. Contesta-se apenas a inclusão de determinados delitos que, nem de longe, poderiam ter sido epitetados como de “menor potencial ofensivo”. Desse modo, em tais circunstâncias, ao se aplicar a técnica da nulidade parcial sem redução de texto, o dispositivo permanece vigente, sendo sua interpretação condicionada a uma releitura constitucional. Tal possibilidade está prevista na Lei 9.868/99, onde o legislador reconhece, explicitamente, a

⁸⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição? FAYET JÚNIOR, Ney (org). **Ensaio Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 472-473.

possibilidade de o Poder Judiciário aplicar corrigendas aos textos legais aprovados pelo Parlamento.⁸⁰⁶

De esa forma, según el autor, deben se quedar alejados del elenco de infracciones penales de menor potencia ofensivo, mediante el empleo de esa técnica, delitos como, por ejemplo, exposición o abandono de recién nacido (art. 134, del CP), sustracción de incapaces (art. 249, del CP), violación de domicilio cometida durante la noche, o en lugar yermo, o con empleo de violencia o de arma, o por dos o más personas (art. 150, §1º, del CP), frustración de derecho asegurado por ley laboral (art. 203, del CP), atentado al pudor mediante fraude (art. 216, del CP), desacato (art. 331, del CP), desobediencia a decisión judicial sobre pérdida o suspensión de derecho (art. 359, del CP), fraude procesal (art. 347, del CP), contra el orden tributario (art. 2º, de la Ley 8137/90), calumnia (art. 138, del CP), difamación (art. 139, del CP) e injuria (art. 140, del CP). Sin embargo, reserva Lenio Streck que,

a presente proposição de que se expunja do elenco de delitos aqueles que não poderiam ter recebido o selo de “infrações de menor potencial ofensivo” não significa que, para estes, estar-se-ia apontando a pena de prisão como solução. Longe disto. O que ocorre é que já existe a Lei 9.714, que considerou passíveis de receber o benefício de substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas a todas as penas concretizadas que não ultrapassem o limite de 04 (quatro) anos, e desde que estes não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Em conseqüência, parece despiciendo alertar para a diferença que existe entre crimes passíveis de transação, que têm o condão de até mesmo evitar a ação penal (o que ocorre em 90% dos casos), e aqueles delitos que, concretizadas as penas, podem receber a substituição da pena por restritivas de direitos. Em caso de descumprimento, há a conversão em penas privativas de liberdade. Não é o caso da transação, em que sequer há processo. O mesmo se diga em relação à suspensão do processo prevista na Lei 9.099.⁸⁰⁷

⁸⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. Inconstitucionalidade (parcial sem redução de texto) da Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 47, p. 191-192, 2002.

⁸⁰⁷ Idem, p. 197-198.

Cabe destacar, por último, que mencionada tesis fue rechazada por la 5ª Cámara Criminal del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul⁸⁰⁸, bajo el fundamento de que, subrayan Streck y Copetti,

na medida em que a norma (art. 2º da Lei 10.259) traz benefícios ao cidadão-réu, a declaração da inconstitucionalidade parcial de algumas incidências “importa em afronta aos princípios básicos do direito penal e inversão da leitura constitucional da legislação penal – interpretação restritiva de norma para beneficiar o débil: dirigida para dentro, na direção autoritária!”.⁸⁰⁹

Pero todo ese choque doctrinal acerca de la uniformización o no del concepto de infracción penal de menor potencial ofensivo en los ámbitos de la Justicia Estatal y de la Justicia Federal se quedó debilitado con la entrada en vigencia, en el día 28 de junio de 2006, de la Ley 11.313, pertinente a la competencia de los Juzgados Especiales Criminales. En virtud de esa “*novatio legis*” los arts. 60 y 61 de la Ley 9099/95, pasan a vigorar con las siguientes alteraciones:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

La Ley 11.313, de 28 de junio de 2006, también modificó la redacción del art. 2º, de la Ley 10.259/01, pasando a tener el siguiente contenido:

⁸⁰⁸ Processo n. 70005655584, Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho.

⁸⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. Op. cit., p. 474.

Art. 2º. Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, repetidas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Se nota que por intermedio de la Ley 11.313/06, se quedó definitivamente consagrado, en el plan normativo, la homogeneización de los conceptos de infracción penal de menor potencial ofensivo en las esferas de la Justicia Estatal y Justicia Federal, línea legislativa que, conforme hemos visto, ya venía siendo reivindicada por gran parte de la doctrina y que debe ser plenamente engrandecida, por posibilitar ahora la efectiva sintonía de la referida temática con el principio de igualdad. De ese modo, se acaba de una vez por todas con la posibilidad de que sean suscitados posicionamientos interpretativos estimuladores de tratamientos procesales dispares para situaciones jurídicas similares.

Por último, cabe destacar, por lo que hemos visto, que las infracciones penales de menor potencial ofensivo son caracterizadas por la baja reprochabilidad jurídico-penal, juicio hecho a partir de un análisis puro y simple de la pena máxima conminada en la norma incriminatoria, lo que llevó el legislador a implantar, para la hipótesis, un sistema procesal de naturaleza sumaria. Lo que se observa, pero, es que el criterio adoptado por el legislador para la caracterización de las infracciones penales de menor potencial ofensivo no se originó de una precisa relación material entre el tipo penal y el bien jurídico afectado, o sea, por el grado de lesividad, advenido, al contrario de una sistemática puramente formal, de connotación nominal, que son hechos cuya privación de libertad máxima conminada en la ley no exceda dos años.

Sin embargo, hay que resaltar que referidas conductas ilícitas, que algunos denominan, también, de “criminalidad de bagatela” en el modelo francés, de “pequeños desórdenes” (“*petits désordres sociaux*”) y, en Estados Unidos, de “pequeñas reclamaciones” (“*small claim*”), no deben ser confundidas con las infracciones penales de ofensividad insignificante. Las primeras pueden ser objeto de proceso penal, pero las segundas no, por el hecho de no presentaren grado de

lesividad suficiente para justificar la intervención del Derecho Penal, se aplicando, entonces, en consonancia con el postulado de intervención mínima, el principio de insignificancia o bagatela, que, conforme ya señalamos, aleja la tipicidad material del hecho, excluyendo, de este modo, la existencia del delito. Como enseña Ney Moura Teles,

quando incide o princípio da bagatela, não há crime; na criminalidade de bagatela, o crime existe, todavia, o tratamento processual e penal é diverso, com a possibilidade da suspensão condicional do processo, transação com a vítima, reparação do dano, aplicação de pena não privativa de liberdade, e outros institutos de natureza processual.⁸¹⁰

Sin embargo, eso no quiere decir que ante a la criminalidad de bagatela, de la competencia del Juzgado Especial, no se pueda aplicar, eventualmente, el principio de la insignificancia. Incluso, lo que se ha visto en la práctica es que, regla general, los hechos discutidos en ese campo son desproveídos de lesividad más contundente a los bienes jurídicos tutelados, pero, así mismo, no se ha excluido la tipicidad de ellos, viniendo sus autores a recibir consecuencias penales, bajo el argumento de que ya fueron beneficiados por los instrumentos más céleres e informales previstos en la Ley del Juzgado Especial. Por lo tanto, hechos ilícitos irrelevantes que antes acababan siendo archivados inmediatamente, ahora pasan a ocupar espacios considerables en las contiendas judiciales y a traer secuelas penales a sus protagonistas, se haciendo un paradojo cuanto a la pretensión de alcanzar la deseada economía procesal. Todo eso hace con que, de cierta forma, se vulgarice el Derecho Penal y el Proceso Penal, y que también se ponga en duda la circunstancia de si referidos procedimientos realmente obedecen al imperativo de la intervención mínima que esas ramas jurídicas deben gozar.

⁸¹⁰ TELES, Ney Moura. Op. cit., v. 1, p. 218.

14.2.2.3 Nuevas directrices conceptuales de las infracciones penales de menor potencial ofensivo con el surgimiento del estatuto del anciano

En el día 1º de octubre de 2003 fue publicada la Ley 10.741, denominada Estatuto del Anciano, se entendiendo como tal, toda persona con edad igual o superior a sesenta años (art. 1º), habiendo sido fijado un plazo de noventa días de *vacatio legis* para su vigencia, contados desde la fecha de su publicación, en los términos del art. 118. Ese cuerpo legislativo está dividido en siete títulos, siendo que algunos están subdivididos en capítulos, totalizando ciento dieciocho artículos. Fueros establecidos, de esa forma, una gama de derechos y garantías al anciano, muchos de los cuales se encontraban asegurados en la propia Constitución Federal brasileña.

Véase, por ejemplo, que el art. 3º determina que

é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

El legislador estatuyó, también, que “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei” (art. 4º). Destacó también que “é dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso” (art. 4º, §1º), siendo que “todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a essa Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento” (art. 6º). Acrecienta, igualmente, que “a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos termos da lei” (art. 5º).

Analizando tales determinaciones legales, observa Leonardo de Faria Beraldo que representan uno de los puntos más graves del Estatuto, debiendo el magistrado tener cuidado en alto grado al aplicarlas. Según él,

numa leitura perfunctória e isolada desses dispositivos pode parecer que, em caso de qualquer omissão de um cidadão, poderá ser imputado a esse responsabilidade penal e civil. Mas, queremos crer que não foi essa a intenção do legislador. Esses dispositivos devem ser lidos conjuntamente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.⁸¹¹

Además de eso, se formularon otras garantías como, por ejemplo, el mantenimiento de ancianos carentes por el Poder Público; descuento en entradas de eventos artísticos, culturales, deportivos y de entretenimiento, también el acceso preferente a los respectivos locales; capacitación del anciano para el mercado de trabajo, ayuda en la compra de inmuebles; transporte urbano gratuito, etc.

En términos específicos de materia penal, en el Título VI, fueron incorporados diversos nuevos tipos incriminadores (arts. 96-108). A su vez, en el Título VII, hay la previsión de varias alteraciones de dispositivos legales del Código Penal y de la legislación extravagante (arts. 110-114), se creando nuevas circunstancias agravantes, causas de aumento de pena y cuantificadoras, considerando situaciones infraccionales que tengan por víctimas personas ancianas.

Pero el hecho curioso de esa nueva legislación brasileña, aspecto que nos llevó a abrir este ítem en el presente trabajo, dice respeto al contenido del art. 94. Dispone referida norma que

aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 (grifo nosso), e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

⁸¹¹ BERALDO, Leonardo Faria. Apontamentos gerais sobre o Estatuto do Idoso. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, Ano 7, n. 81, p. 3, 2003.

Se trata de una hipótesis que viene a demostrar más un momento infeliz de la historia legislativa brasileña, más una manifestación de la absoluta falta de coherencia y de sistematización por parte de nuestros parlamentarios, pues si la finalidad del Estatuto era proporcionar una reprensión más enérgica de las conductas ofensivas a las personas ancianas, tanto es verdad que fueron creadas diversas normas incriminadoras y exacerbadoras de pena, no hay sentido en la determinación de la aplicación de los institutos de la justicia negocial en ese campo. Lo más grave de todo es que aquí fue ampliado en exceso el concepto de infracción penal de menor potencial ofensivo, o sea, para delitos cuya pena de prisión no exceda cuatro años. ¿Cómo entender que tal regla pueda haber entrado en vigor?

Analizando el tema, el Procurador de la Republica Marcus Vinicius de Viveiros Dias dice que

é um absurdo lógico admitir que o legislador tenha procedido a tal ampliação e concedido o rito sumaríssimo e, por corolário, inúmeras benesses, como a transação penal para pessoas que praticam crime contra idosos, justamente numa lei que tem como bem jurídico tutelado a proteção à pessoa idosa. Por exemplo, no art. 98 da lei em comento, o agente teria direito à transação penal mesmo que a infração penal não seja considerada de menor potencial ofensivo, já que possui pena máxima de três anos. Cabe consignar que fora do Estatuto do Idoso uma conduta violadora da norma penal, que possua reprimenda máxima de três anos de pena privativa de liberdade, não permite a incidência dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 (dependendo do caso pode ser aplicado o art. 89), o que violaria frontalmente o preceito constitucional da isonomia. O precedente é por demais perigoso, pois poderia se sustentar que o art. 61 da Lei n. 9.099 e o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01, teriam sido alterados pelo art. 94 da novel lei, o que daria ensejo a uma verdadeira “desarmonia jurídica desenfreada”, visto que até o quadrilheiro (art. 288 do Código Penal) teria, em tese, a possibilidade de receber uma proposta de transação penal.⁸¹²

Como siempre hacemos una lectura constitucional de los institutos penales y procesales penales es justamente tal idea que sostenemos, o sea, en nombre del principio de igualdad, con el surgimiento del Estatuto del Anciano, los procedimientos del Juzgado Especial Criminal deben ser extendidos a todos los

⁸¹² VIVEIROS DIAS, Marcus Vinicius de. Lei 10.741/03 – Estatuto do Idoso. Aspectos penais precípuos. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, Ano 7, n. 80, 2003. p. 4.

delitos cuya pena máxima no exceda cuatro años. No estamos de acuerdo con los procedimientos más informales de la justicia consensual, por vulnerar garantías fundamentales. Por otra parte, el legislador, ante el filtraje constitucional que hubo de darse al tema, acabó por ampliar una vez más, incluso sin querer, el ámbito de las infracciones penales de menor pontencial ofensivo.

Con la misma opinión se encuentra Fernando Augusto Henrique Fernandes afirmando que

se um crime cometido contra um idoso, com pena máxima de quatro anos, passou a ser de competência do Juizado Especial, Federal ou Comum, é exigível interpretar-se que tal dispositivo altera a competência de toda a Lei n. 9.099/95, pelo princípio da isonomia constitucional. Caso contrário valeria escolher uma vítima idosa, incentivando-se com isso o cometimento de crime contra pessoas idosas, em vez de aplicar-se a agravante.⁸¹³

En sentido contrario, Damásio de Jesus entiende que

o art. 94 somente pretendeu imprimir à ação penal por crimes contra o idoso, com sanção abstrata máxima não superior a 4 anos, o procedimento da Lei n. 9.099/95, conferindo maior rapidez ao processo. Não seria razoável que, impondo um tratamento penal mais rigoroso aos autores de crimes contra o idoso, contraditoriamente viesse permitir transação penal, instituto de despenalização (art. 76, da Lei dos Juizados Especiais Criminais). A ampliação do limite máximo viria permitir a concessão da roupagem de infrações de menor afetação jurídica a delitos de gravidade, como aborto consentido, furto e receptação simples, rapto, abandono material, contrabando etc. O art. 61 da Lei n. 9.099/95 contém a conceituação de crimes de menor potencial ofensivo para efeito da competência dos Juizados Especiais Criminais. O art. 94 do Estatuto do Idoso disciplina a espécie de procedimento aplicável ao processo, não cuidando de infrações de menor potencial ofensivo. Temos, pois, disposições sobre temas diversos, cada uma impondo regras sobre institutos diferentes, sendo incabível a invocação do princípio da proporcionalidade.⁸¹⁴

⁸¹³ FERNANDES, Fernando Augusto Henrique. A extensão do conceito de menor potencial ofensivo pelo Estatuto do Idoso. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 11, n. 134, p. 7, 2004.

⁸¹⁴ JESUS, Damásio E. de. Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, Ano IV, n. 23, p. 6-7, 2004.

Para Paulo Rangel, el Estatuto del Anciano não amplió el campo de las infracciones penales de menor potencial ofensivo, “até porque, seria um contra senso haver um conceito somente para os crimes contra o idoso, ou até mesmo, ampliar o referido conceito, sem que o fizessem pela alteração da Lei 10.259/01”.⁸¹⁵ Añade, aún, el autor, que “daqui a pouco vão querer que o roubo, a extorsão e o homicídio sejam infração penal de menor potencial ofensivo e há limites constitucionais para tanto: a proporcionalidade dos bens jurídicos”.⁸¹⁶

Por último, hay que registrar, también, la posición avalada de Luiz Flávio Gomes y Thales Tácito Cerqueira, en el sentido de que el Estatuto del Anciano no cambió la definición de infracción penal de menor potencial ofensivo, teniendo solamente creado tres grupos de ilícitos penales contra ancianos, con consecuencias jurídicas distintas:

o grupo das infrações da competência do JECRIM (pena máxima até 2 anos), com rito amplo do JECRIM (arts. 70 e 83 da Lei nº 9.099/95), com todos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Exemplos: arts. 96, 97, 99, caput, 100, 101, 103, 104 e 109 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03); o grupo das infrações da competência da Justiça Comum (pena máxima de 2 anos até 4 anos, inclusive), com o rito célere dos arts. 77 e 83 da Lei nº 9.099/95, sem a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, apenas aplicando suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95). Exemplos: arts. 98, 99, §1º, 102, 105, 106 e 108 do Estatuto do Idoso; o grupo das infrações da competência da Justiça Comum (pena máxima superior a 4 anos), sem o rito célere do JECRIM e sem aplicação dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados (e ainda sem suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95). Exemplos: art. 99, §2º, e art. 107 do Estatuto do Idoso.⁸¹⁷

14.2.2.4 La transacción civil como mecanismo de conciliación

En la disciplina normativa del tema, fue promovida la “composición de los daños civiles”, involucrando el autor de hecho y la víctima, como un mecanismo para solucionar litigios penales. En el caso de las infracciones penales de menor potencial ofensivo que son de acción penal privada y acción penal pública

⁸¹⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 548.

⁸¹⁶ Idem, ibidem.

⁸¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERQUEIRA, Thales Tácito. O poder da razão e as novas leis criminais. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, Ano 7, n. 83, p. 4, 2004.

condicionada a la representación del ofendido, la homologación del acuerdo, sobre la composición de los daños *ex delicto*, en la audiencia preliminar, genera la renuncia al derecho de queja o de representación (art. 74 y párrafo único, de la Ley 9099/95), se extinguiendo la punibilidad (art. 107, V, del Código Penal). Se parte del presupuesto de que si la víctima está satisfecha con el acuerdo, no habría más justificación para instauración de la acción penal y el proseguimiento del hecho y de que la reparación del daño hace desnecesaria la aplicación de la pena. Por otro lado, aclaran Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes y Luiz Flávio Gomes, que “*vista a questão do ângulo do autor do fato, ficará ele incentivado a reparar os danos causados para evitar o processo penal*”.⁸¹⁸

Sin embargo, por intermedio de esa transacción civil, de cierta forma se vigoriza el modelo de privatización del proceso penal, comercializando la resolución de conflictos y revitalizando la posición del ofendido, haciendo con que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal funcionen como instrumentos céleres de reparación de daño y de satisfacción retributiva de la víctima y no como mecanismos fundamentales de protección de los acusados, que, en esa fase, representan la parte débil. Como dice Salo de Carvalho, “*se há possibilidade de reparacão do dano, a via penal não é a adequada, devendo-se, ao contrário de privatizar o conflito penal, descriminalizar a conduta, substituindo sua coloração jurídica*”.⁸¹⁹

14.2.2.5 La transacción penal como mecanismo de solución de conflicto

Una otra novedad fue la creación del instituto de la “transacción penal”, que confome Luiz Flávio Gomes, “*vem sendo apontada como uma das mais importantes medidas despenalizadoras na atualidade porque tem a virtude de procurar reparar*

⁸¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 133.

⁸¹⁹ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 149.

os danos e prejuízos sofridos pela vítima; também possui a virtude de ser econômica, de agilizar a Justiça, de evitar a pena de prisão etc.”.⁸²⁰ Se parte de la idea de que esa medida “descarcerizadora” adoptada por la Ley 9099/95 está sintonizada con la política criminal moderna de se utilizar la pena de prisión como el último recurso, se debiendo implementar un proyecto de ampliación del espectro de las penas alternativas.

Dicho instituto está regulado en el art. 76, de la Ley 9099/95, que enuncia:

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

§1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade.

§2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I- ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II- ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III- não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz.

§4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá apelação referida no art. 82 desta Lei.

§6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Se debe destacar, aún, que la nueva Ley de Tóxicos (Ley 11.343/06), el art. 48, § 5º, admitió expresamente la posibilidad de ser implementada la transacción

⁸²⁰ GOMES, Luiz Flávio. Projeto de Criação dos Juizados Especiais Criminais. **Revista Brasileira de Ciências Crimnais**, São Paulo, Ano 3, n. 9, p. 280, 1995.

penal entre el Ministerio Público y el autor del delito de uso de droga, tipificado, como hemos visto, en su art. 28, pudiendo, de esa forma, ser propuesta la aplicación inmediata de las sanciones elencadas en el precepto secundario de ese dispositivo legal incriminador, consistentes en la advertencia sobre los efectos de las drogas, en la prestación de servicios a la comunidad o en la medida educativa del comparecimiento al programa o curso educativo.

Permanecen dudas en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de la sentencia que ratifica la transacción penal.

Para algunos adoctrinadores la decisión judicial que homologa el acuerdo firmado entre el Ministerio Público y el autor del hecho, a través de su defensor no tiene carácter condenatorio, representando, sí, una sentencia declaratoria constitutiva⁸²¹ o, simplemente, una sentencia homologatoria de transacción⁸²², que soluciona la controversia de acuerdo con la voluntad de las partes, constituyendo título ejecutivo judicial y que no estimula la reincidencia.

En sentido opuesto, se posicionan Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio y Luiz Fernando Vaggione, para los cuales

a natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal é condenatória. Primeiramente, declara a situação do autor do fato, torna certo o que era incerto. Mas além de declarar, cria uma situação nova para as partes envolvidas, ou seja, cria uma situação jurídica que até então não existia. E ainda impõe uma sanção penal ao autor do fato, que deve ser executada.⁸²³

Por lo tanto, está inculcado en esa sentencia un reconocimiento de la culpabilidad del autor del hecho, categoría que constituye un presupuesto para la aplicación de la sanción penal.

⁸²¹ Cfr. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais...**, p. 103.

⁸²² Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, FILHO, Antônio Magalhães Gomes, FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 154.

⁸²³ PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. **Juizado Especial Criminal**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 59.

Ya para Júlio Fabbrini Mirabete, “a sentença homologatória da transação tem caráter condenatório e não é simplesmente homologatória, como muitas vezes se tem afirmado”.⁸²⁴ Sin embargo, según él “a sentença não reconhece a culpabilidade do agente nem produz os demais efeitos da sentença condenatória comum. Trata-se, pois, de uma sentença condenatória imprópria.”⁸²⁵

A nuestro juicio, esa posibilidad de que, mediante sentencia declaratoria o condenatoria que sedimenta la transacción penal, se pueda aplicar inmediatamente al autor del hecho pena no privativa de libertad (restrictiva de derechos o multa), ya a partir de la audiencia preliminar, antes incluso de que se ofrezca la acción penal, afrenta los principios del “*due process of law*” (art. 5º, LIV, de la Constitución Federal), de la amplia defensa (art. 5º, LV, de la Constitución Federal) e da presunción de inocencia (art. 5º, LVII, de la Constitución Federal). La imposición de sanción penal, aunque se opere con la anuencia del sujeto, sin que se haya oportunizado a él ejercer el efectivo contradictorio, obstaculiza un análisis concreto acerca del juicio de culpabilidad, se presentando como un sistema violador del postulado del “*nulla poena sine culpa*”. Acogiendo hermenéutica similar, puntúa Miguel Reale Júnior que, el procedimiento de la transacción penal, además de infringir el “*due process of law*”, hace “*tábula rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio nulla poena sine iudicio, informador do processo penal*”.⁸²⁶

Véase que las infracciones a esas garantías fundamentales se acentuarían a medida que se adoptase el posicionamiento, sostenido, entre otros, por Damásio de Jesus⁸²⁷ y algunos miembros del Ministerio Público, como el Promotor de Justicia Marcelo Juliano Silveira Pires⁸²⁸, en el sentido de que habiendo sido hecha la transacción penal, si el agente no cumple la pena acordada, se convierte en

⁸²⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 95.

⁸²⁵ Idem, ibidem.

⁸²⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio S. de Moraes (org). **Juizados Especiais Criminais**: interpretação crítica. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 27.

⁸²⁷ JESUS, Damásio de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 71.

⁸²⁸ PIRES, Marcelo Juliano Silveira. Possibilidade de conversão da transação penal não cumprida em pena restritiva de liberdade. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 47, p. 217-227, 2002.

privación de libertad, orientación que ha sido fuertemente combatida por los Tribunales⁸²⁹ y por la doctrina⁸³⁰.

Estamos de acuerdo con aquellos que sostienen que en el caso del no cumplimiento de la transacción penal por parte del autor del hecho se debe abrir un proceso autónomo de ejecución de la sentencia homologadora, consistente en una obligación de hacer, y no se instaurar la renovación del procedimiento con la remesa de los autos al Ministerio Público, para el ofrecimiento de la denuncia.

Con eso, se presenta como arbitraria la orientación que algunos jueces han seguido de no homologaren la transacción inmediatamente para que, en caso de incumplimiento del agente, se posibilite el proseguimiento del hecho con el ofrecimiento de la denuncia, lesionándose, de este modo, los principios de legalidad (ar. 5º, XXXIX, de la Constitución Federal) y de la cosa juzgada (art. 5º, XXXVI, de la Constitución Federal). Manifestando su repudio con relación a tal práctica, advierte Cezar Roberto Bitencourt que,

com decisões como essas, brinca-se de distribuir jurisdição; ignora-se a existência de título judicial, desconstituindo-o pelo seu não cumprimento; anula-se a coisa julgada sem previsão legal e sem procedimento apropriado; enfim, oficializa-se o “País do faz-de-conta”. Em outros termos: instala-se o caos na famigerada Justiça Criminal Consensual. Na verdade, exigir que o jurisdicionado cumpra pena para, posteriormente, homologar a transação contém duplo equívoco: primeiro pretender que o Estado tenha o direito de exigir o cumprimento de uma sanção criminal, sem a correspondente decisão judicial; segundo, imaginar que “formalidade” ou “terminologia” utilizadas possam alterar a essência ou natureza das coisas ou institutos.⁸³¹

Además de eso, el procedimiento también acaba por herir el principio de la igualdad, entallado en el art. 5º, *caput* e inciso I, de la Constitución Federal. Eso porque la transacción penal solo se concretiza caso haya aceptación, por parte del

⁸²⁹ STF, HC 79.572-GO, Relator Ministro Marco Aurélio, in Informativo do STF n. 180.

⁸³⁰ Por exemplo: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A transação penal e os cinco anos de vigência da Lei 9099/95. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org). **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva** (Criminalista do Século). São Paulo: Método, 2001. p. 162-168.

⁸³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal...**, p. 748.

autor de hecho, de la propuesta del Ministerio Público de se aplicar pena de multa o pena restrictiva de derechos, que, normalmente, está en la obligación de una prestación de connotación pecuniaria, haciendo con que las personas de condiciones económicas miserables, que constituyen la gran clientela del Juzgado Especial Criminal, no sean abarcadas por el instituto, de modo que, en relación a ellas, el hecho acaba siguiendo su curso normal. A propósito, recuerda Alexandre Wunderlich que

muitas vezes a proposta de transação penal é formulada de forma idêntica para a resolução de todas as espécies de conflitos. Há casos da utilização de tabelas pré-fixadas para quantificar a transação penal, sendo a proposta realizada sem qualquer atenção à condição social e/ou econômica do autor do fato. Nesses termos, a proposta favorece os abastados e oprime os carentes.⁸³²

Las penas restrictivas de derechos posibles de ser aplicadas mediante transacción penal son la prestación pecuniaria, la pérdida de bienes y valores, la prestación de servicio a la comunidad o a entidades públicas, la interdicción temporal de derechos y la limitación de fines de semana, todas contempladas en el art. 43 del Código Penal brasileño. Ocurre que se volvió en una práctica común en el Juzgado Especial Criminal, cuando de la propuesta de la transacción penal, por parte de los miembros del Ministerio Público, de versar ella sobre obligación del autor del hecho de tener que hacer una donación de una determinada cantidad de “cestas de la compra” a una entidad asistencial. Referida prestación acaba funcionando como una pena alternativa, operación que, regla general, ha sido corroborada por los jueces en sus sentencias, sin que se haga una apuración de las reales condiciones económicas del agente en cumplir el propuesto.

La donación de cestas de la compra como modalidad de pena, a pesar de su carácter social de relieve, es completamente ilegítima, pues infringe el principio secular de legalidad (art. 5º, XXXIX, de la Constitución Federal brasileña y art. 1º, del

⁸³² WUNDERLICH, Alexandre. A Víctima no Processo Penal (Impressões sobre o fracasso da Lei nº 9.099/95). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**, 2005. p. 43-44.

Código Penal), una vez que no está incluida expresamente en el elenco del art. 43, del Código Penal, siendo, por lo tanto, fruto de la osadía e imaginación fértil de los operadores del Derecho. Además de eso, representa un verdadero abuso de poder, afectando directamente, como ya destacamos, el principio de igualdad, pues para el autor del hecho que tenga una posición económica privilegiada, referida imposición no le trae grandes cargas y preocupaciones, se presentando al contrario, como de considerable ventaja, pues que con una pequeña despesa evita el constreñimiento del proceso penal. Ya el mismo no ocurre con el autor desprovisto de patrimonio y renta, que no tiene condiciones de ejecutar la propuesta, bajo pena de se quedar a él y a su familia privados de las necesidades básicas de supervivencia, teniendo, así que enfrentar los desazones y las incertidumbres de un proceso criminal, que puede desencadenar hasta su privación de la libertad. Se muestra como extremadamente inhumana en determinados casos la oferta del Ministerio Público al agente en el sentido de se dar por finalizada la apreciación judicial del hecho por él cometido bajo la condición de aceptar el encargo de donar alimentos y géneros de primera necesidad a una entidad, cuando el sujeto que tendrá que ejecutar eso es una persona que justamente está necesitando de esos bienes. Se tiene el riesgo de en la práctica el autor del hecho aceptar la propuesta, aunque sepa que le faltan las mínimas condiciones de cumplirla, simplemente para librarse del problema inmediato, concerniente al riesgo del proceso criminal que está para se iniciar, si caso él rechace la oferta del Ministerio Público. Ante a la dificultad, manifiesta consentimiento y después decidirá cómo va a hacer para obtener el numerario suficiente para cumplir la obligación que asumió, no se rechazando la hipótesis de venir a cometer un delito contra el patrimonio. Se manifiesta críticamente sobre la cuestión, Cezar Roberto Bitencourt diciendo que

o velho “coronelismo” renasceu com a indigitada pena da “cesta básica”, havendo, em determinadas comarcas, “juízes benfeitores” distribuidores de benesses às comunidades carentes, “corrigindo” a má distribuição de renda. Em algumas regiões metropolitanas do País, a bem intencionada “cesta básica” virou “kit”, “kit combustível da polícia”, “kit paviflex”, “kit reforma do fórum”, “kit aluguel da delegacia de polícia”; com um pouco mais, quem sabe, poderá virar “kit complementar de vencimentos”, entre tantos “kits”.⁸³³

⁸³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas...**, p. 129-130.

En esta misma línea de pensamiento se pronuncia Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, cuando afirma que a

transação penal deveria ser proposta não como uma maneira de encerrar o processo sem maiores conseqüências, pelo puro e simples pagamento de uma multa ou a entrega de cestas básicas à pessoas carentes. A multa não traz nenhuma vantagem nos delitos que envolvem conflitualidade interpessoal, sendo muito mais eficaz a proposta de prestação de serviços à comunidade, que incorpore o acompanhamento do autor do fato durante um determinado período, visando a superação efetiva da situação de conflito em que estava envolvido e do padrão de comportamento adotado.⁸³⁴

Otro aspecto de la regulación normativa de la transacción penal que, a nuestro juicio, viola el principio de igualdad está en la circunstancia de que en el art. 291, párrafo único, del Código de Tránsito (Ley 9503/97), el legislador permitió su incidencia, bien como de la transacción civil, en los delitos de lesión corporal culposa (art. 303, de la Ley 9503/97), de embriaguez al manejar (art. 306, de la Ley 9503/97) y de participación en competición no autorizada (art. 308, de la Ley 9503/97). Lo que pasa es que en los delitos de lesión corporal culposa y de “*racha*” (competición clandestina de vehículos automotores) la pena máxima conminada es de dos años de detención, incluyéndose, de esa forma, en el nuevo concepto de infracción de menor potencial ofensivo, lo mismo no ocurre en relación al delito de embriaguez al manejar, pues que posee como márgenes penales, la detención de seis meses a tres años.

Por el expuesto, abogamos la idea de que, basándose en la referida regulamentación legal, se podría ampliar aún más el concepto de infracción penal de menor potencial ofensivo y, en respeto al principio constitucional de isonomía y de la técnica de la analogía “*in bonam partem*”, extender los institutos de la transacción penal (art. 76, de la Ley 9099/95) y transacción civil de los daños (art. 74, de la Ley 9099/95) a todos los delitos cuya pena privativa de libertad máxima no exceda tres años, como, por ejemplo, el de supresión o alteración de señal en animales (art. 162,

⁸³⁴ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou Punir? Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 76.

del Código Penal), de inducción a la especulación (art. 174, del Código Penal), de seducción para fin de emigración o de un local para otro del territorio nacional (arts. 206 y 207, del Código Penal) y violación de sepultura (art. 210, del Código Penal).

Véase que con base en el Estatuto del Anciano, a nuestro juicio, la ampliación del empleo de esos institutos se muestra aún más amplia, o sea, englobaría todas las infracciones penales cuya pena máxima de prisión no exceda cuatro años.

Acerca del origen de la transacción penal en su sentido contemporáneo, señalan Joel Dias Figueira Júnior y Maurício Antônio Ribeiro Lopes, “*pode ser buscada no Direito de tradição anglo-saxônica, mormente no sistema norte-americano através do instituto da plea bargaining, que revela a denominada “justiça pactada ou contratada ou negociada”*”.⁸³⁵ A través de ese sistema, se tiene una manifestación expresiva del poder discrecional del acusador (“*prosecutor*”), poseyendo amplias márgenes de negociación con la defensa, como, por ejemplo, la obtención de la confesión de culpa (“*plea guilty*”), a cambio de un proceso por un delito menos grave o por un número más reducido de delitos, cabiendo al juez simplemente homologar el acuerdo establecido. En esos términos, se observa que igualmente la “*plea bargaining*” subvierte el modelo del proceso penal clásico, afectando los principios del contradictorio, de la paridad de fuerzas de las partes, del “*due process of law*” y, también, de la publicidad, pues que las negociaciones son hechas en los gabinetes del órgano acusador. Se presenta como extremadamente censurable la práctica de la llamada “*overcharging*”, en que el acusador, se aprovechando de su posición de superioridad en relación al agente infractor, empieza por imputarle delitos que traduzcan una responsabilidad penal más intensa, todo para que al final, mediante técnicas de negociación y recorriendo a expedientes de coacción y presión psicológica, logre que el acusado declarese culpado por un hecho más blando. Manifestando contrariedad al sistema del “*plea bargaining*”, señalan, aún, Jorge de Figueiredo Dias y Manuel da Costa Andrade que

⁸³⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 341.

os arguidos que recusam a guilty plea são considerados incómodos e perturbadores, e acabam por ser punidos mais pesadamente. A pressão no sentido da pleading guilty pode implicar a condenação de inocentes, sobretudo dos mais inexperientes. Por outro lado, o sistema privilegia manifestamente os delinquentes com maior competência de acção, os mais experientes, que podem ser os mais perigosos.⁸³⁶

14.2.2.6 La suspensión condicional del proceso

Por fin, otra novedad traída por la Ley 9099/95, fue a creación del instituto de la “suspensión condicional del proceso”, que algunos prefieren denominar de “*sursis procesal*”, representando un mecanismo alternativo a la actuación de la jurisdicción penal, con rasgos despenalizadores. Por intermedio de ella es posible se interrumpir el proseguimiento del proceso después de juez recibir la denuncia, si el reo atienda ciertos requisitos legales y que cumpla determinadas condiciones durante el lapso temporal de suspensión, que una vez se finalizando y el agente no dando causa a su revocación, acarreará en la extinción de la punibilidad.

Reglamentando el tema, dispone el art. 89, de la ley supra mencionada, que

nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

§1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I- reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II- proibição de freqüentar determinados lugares;

III- proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;

IV- comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§2º O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

⁸³⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. cit., p. 486.

§3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§5º Expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade.

§6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Sobre la capacidad de abarcar de la suspensión condicional del proceso, se percibe, por la lectura de la ley, que el instituto puede incidir, una vez estando presentes sus requisitos, sobre todas las infracciones penales, cuya titularidad de la acción penal sea del Ministerio Público, independientemente de ella ser de la competencia del Juzgado Especial Criminal o de la Justicia Común, Estatal o Federal.

Se nota, también, que la suspensión condicional del proceso presenta algunos aspectos similares con el “*probation system*”, sistema que vigora en el ámbito jurídico angloamericano y que fue introducido en Inglaterra desde 1879. Aclaran Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf, que por intermedio del “*probation system*”, “*el juez sólo emite la declaración de culpabilidad, en tanto la fijación de la pena es aplazada provisoriamente y puede llegar a ser omitida en forma definitiva, si el sujeto declarado culpable se conduce correctamente durante un cierto período; en caso contrario, la pena es fijada y ejecutada posteriormente*”.⁸³⁷

La diferencia elemental entre el “*probation system*” y la “suspensión condicional del proceso”, es que en el primer se exige la prueba de la culpabilidad del acusado, suspendiendo la prolación de la sentencia condenatoria, permitiendo al agente que cumpla con las exigencias impuestas mantener la condición de primario, mientras que en la segunda modalidad no se llega a apreciar judicialmente el mérito de la acusación, interrumpiendo el hecho en el inicio de la acción penal, cuando de recibimiento de la denuncia por parte del Juez.

⁸³⁷ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 820.

Posee, igualmente, algunos puntos de contacto con el “*sursis*”, también conocido como sistema franco-belga de la suspensión condicional de la pena, considerando que surgió por primera vez, recuerda Vincenzo Manzini,

en Francia con el proyecto Bérenger, 26 de mayo de 1884, y después fué acogido en Bélgica, por la ley de 31 de mayo de 1888, en Francia (26 de mayo de 1891), en Luxemburgo (10 de mayo de 1892), en el Cantón de Ginebra (29 de agosto de 1892), en Portugal (6 de julio de 1893), en Noruega (2 de mayo de 1894), en los Cantones suizos de Vaud (13 de mayo de 1897), de Valais (13 de mayo de 1899) y Ticino (14 de noviembre de 1899). En Italia, la condena condicional hizo su aparición con el proyecto presentado a la Cámara de los Diputados por el Guardasellos, el 2 de marzo de 1893...⁸³⁸

En Brasil, la implantación del “*sursis*” ocurrió con la publicación del Decreto 16.588, de 6 de septiembre de 1924. Actualmente está reglamentado en el Código Penal de 1940, en el Capítulo IV, del Título V, de la Parte General (arts. 77-82) y en la Ley de Ejecución Penal (Ley 7210, de 11 de julio de 1984), en los arts. 156-163.

En la suspensión condicional de la pena el juez, una vez dictada la sentencia condenatoria y aplicada una pena privativa de libertad de corta duración, estando presentes en el caso concreto determinados requisitos legales, suspende la ejecución de ésta, debiendo el sentenciado se quedar en libertad observando ciertas condiciones. Se trata de una de las clases de “sustitutivos penales” que, según Juarez Cirino dos Santos,

constituem medidas de política criminal estabelecidas com o objetivo explícito de evitar ou de reduzir os efeitos negativos da pena criminal, e, complementarmente, de estimular a reintegração social do condenado beneficiado pela substituição da pena (especialmente pela possibilidade de revogação do substitutivo e cumprimento da pena substituída).⁸³⁹

En la suspensión condicional del proceso, al contrario de lo que ocurre en la suspensión condicional de pena (“*sursis*”), el beneficiado no sufre una condena criminal, teniendo solamente su proceso sobreesido por un determinado tiempo en el

⁸³⁸ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 1950. Tomo V. p. 298.

⁸³⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal...**, p. 256.

cual el agente tendrá que observar algunas condiciones. Además de eso, en el caso de que el “*sursis*” se revoque, el condenado tendrá que cumplir la pena privativa de libertad que estaba paralizada, mientras que en la hipótesis de suspensión condicional del proceso, una vez cancelada, determinará que el mismo siga su proseguimiento normal.

Se tiene apuntado como aspectos positivos de la suspensión condicional del proceso la circunstancia de ser un instituto despenalizador, que desobliga al autor de comparecer varias veces en la Justicia criminal en la posición de reo, trayendo, de este modo, una considerable economía procesal, disminuyendo las demandas judiciales y los costos estatales acerca de las infracciones penales más leves. Además, permite que se proporcione a la Justicia punitiva una dedicación más intensa en la apreciación de las acciones criminales más violentas y graves.

Sus efectos tocan varios delitos de acción penal pública, condicionada o incondicionada, que poseen, en la conminación legal, pena privativa de libertad mínima, igual o inferior a un año, como, por ejemplo, el autoaborto (art. 124, del CP), lesión corporal de naturaleza grave (art. 129, § 1º, del CP), omisión de socorro (art. 135, del CP), los malos tratos simple y calificado (art. 136, caput y § 1º, del CP), amenaza (art. 147, del CP), secuestro o cárcel privado simple (art. 148, del CP), hurto simples (art. 155, del CP), estelionato (art. 171, del CP), receptación (art. 180, del CP), prevaricación (art. 319, del CP), resistencia (art. 329, del CP), desacato (art. 331, del CP), etc.

Según entendimiento de parte de la doctrina penal brasileña, bien como de algunos Tribunales, la suspensión condicional del proceso, una vez presentes en el caso concreto sus presupuestos legales, constituye un derecho subjetivo del acusado, no configurando, de ese modo, una mera facultad del Ministerio Público. De esa forma, una vez el promotor de justicia no tomando la iniciativa de presentar propuesta de transacción penal, el juez estaría autorizado a concederla de “*officio*” o mediante requerimiento del acusado.

En esta línea ya se pronunció el Tribunal de Alzada Criminal de São Paulo al decidir que

a pretensão do réu à suspensão condicional do processo, desde que presentes os requisitos legais do parágrafo primeiro do artigo 90 da Lei n. 9099/95 constitui direito subjetivo do réu, que não pode ser sacrificado diante da injustificada ausência de proposta. Mostra-se adequada, portanto, a proposta ex officio.⁸⁴⁰

En ese mismo sentido el Superior Tribunal de Justicia.⁸⁴¹ En la opinión de Damásio de Jesus

se o juiz pode aplicar o sursis, que tem natureza punitiva e sancionatória, mesmo em face da discordância do Ministério Público, o mesmo deve ocorrer na suspensão condicional do processo, forma de despenalização. Se o juiz pode aplicar de ofício a medida mais grave, seria estranho que não o pudesse na mais leve.⁸⁴²

A mantenerse la orientación de que la suspensión condicional del proceso representa un derecho subjetivo del acusado, una vez estando rellenos los requisitos legales, no debiendo ser una decisión basada en criterios personales del promotor de justicia o institucionales del Ministerio Público, se tiene una situación jurídica que acaba generando infracción al principio constitucional de igualdad, pues que los acusados por delitos que son de acción penal privada se quedan destituidos de la prerrogativa de gozaren del mencionado instituto. Referidos agentes se quedan en la total dependencia y discrecionales del titular de la acción, que al su albedrío decidirá si va a promoverla o si renunciará a su derecho, como, también, una vez impetrada, verificará la conveniencia de hacerla perentoria o de oportunizar la concesión del perdón, hipótesis que, una vez emprendidas, acarrearán la extinción de la punibilidad, en los términos del art. 107, IV y V, del Código Penal brasileño. No existen, por lo tanto, en los delitos de acción penal privada, cualquier tipo de derecho subjetivo del acusado a estas causas de extinción de la punibilidad.

⁸⁴⁰ Apelação n. 1024921/7, São Roque, São Paulo, Relator Renato Nalini, Diário da Justiça do Estado de 1 de outubro de 1996, parte II, p. 18.

⁸⁴¹ HC 5.746-SP-DJU, de 23 de junio de 1997, p. 29.192.

⁸⁴² JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. p. 93.

Para eliminar ese tratamiento desigual e injusto y partiendo del presupuesto de que estamos ante de materias que constituyen derecho subjetivo del acusado, los institutos de la transacción penal y de la suspensión condicional del proceso deben ser ofertados también a los que cometieron infracciones clasificadas como de acción penal privada. En ese sentido refuerza João Mestieri que en el caso de acción penal privada, tal *“como vem sendo reconhecido no que respeita a hipótese do art. 76, há que se deferir a suspensão por analogia in bonam partem”*.⁸⁴³ El Superior Tribunal de Justicia, teniendo por Relator el Ministro Felix Fischer, ya proclamó que *“a Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações de iniciativa exclusivamente privada”*.⁸⁴⁴

La duda que se queda es definir quién tendría la legitimidad para la proposición de la transacción penal y suspensión condicional del proceso en los casos de infracciones penales de acción penal privada. Un sector de la doctrina brasileña, compuesto por Ada Grinover, Gomes Filho, Scarance Fernandes y Luiz Flávio Gomes, entiende que en virtud de la utilización del recurso de la analogía del art. 76, de la Ley 9099/95 en las hipótesis de acción penal privada, se debe interpretar que tales prerrogativas sean del propio ofendido, titular de la queja-delito, debiendo el Ministerio Público, en estos casos, limitarse a externar su opinión.⁸⁴⁵ En sentido opuesto, se pronuncian los Promotores de Justicia André Estefam Araújo Lima y Luiz Antônio de Souza, afirmando que

as infrações de ação penal privada admitem os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, os quais podem ser propostos pelo Ministério Público, desde que não haja discordância da vítima ou de seu representante legal, o que impõe considerar que o ofendido é quem detém discricionariedade para a propositura.⁸⁴⁶

⁸⁴³ MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Parte Geral. v. I. p. 298.

⁸⁴⁴ 5ª Turma do STJ, HC 13.337/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, J. 15.05.2001, DJ 13.08.2001, p. 181.

⁸⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, FILHO, Antônio Magalhães Gomes, FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 142-143.

⁸⁴⁶ LIMA, André Estefam Araújo; SOUZA, Luiz Antônio de. Lei nº 9.099/95 e Ação Penal Privada. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, Ano VI, n. 31, p. 31, 2005.

Acogiendo esa última dirección, el Supremo Tribunal de Justicia, teniendo por Relator el Ministro Fernando Gonçalves, ya decidió que *“na ação penal de iniciativa privada, desde que não haja formal oposição do querelante, o Ministério Público poderá, validamente, formular proposta de transação que, uma vez aceita pelo querelado e homologada pelo juiz, é definitiva e irrevogável”*.⁸⁴⁷

Por otro lado, hay que considerar que si caso el juez venga a hacer la propuesta de transacción penal o suspensión condicional del proceso *ex officio*, una vez no concordando con la inercia del Ministerio Público y partiendo del presupuesto de que otorgar esos institutos constituye un derecho subjetivo del agente infractor, se tendría una verdadera usurpación del Poder Judicial en las facultades del Ministerio Público, infringiendo el principio constitucional que atribui a éste la titularidad exclusiva de la acción penal pública, entallado en el art. 129. I, de la CF.

Se tiene, en esa hipótesis, una manifestación clara de la figura del “juez acusador” o del “juez actor”, típica del modelo inquisitivo, cuando lo ideal, bajo el paradigma garantista, es la existencia de un sistema procesal en el cual haya una separación transparente entre el órgano juzgador y el acusador, siendo éste el único detentor de la titularidad de la acción penal pública y de la legitimidad para proponer tanto la transacción penal como la suspensión condicional del proceso, debiendo áquel limitarse al ejercicio imparcial de su función jurisdiccional en el contenido del art. 5º, LIII, de la Carta Magna, ajeno a los intereses de las partes en la causa, con vistas a obtención del reparto judicial justo. Caso contrario, resalta Aury Lopes Júnior, *“destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo”*.⁸⁴⁸

Estableciendo la diferencia entre los sistemas inquisitivo y acusatorio, aclara Salo de Carvalho que el primero se caracteriza fundamentalmente por la posibilidad

⁸⁴⁷ 6ª Turma do STJ, RHC 8.123/AP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, J. 16.04.1999, DJ 21.06.1999, p. 202.

⁸⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Juízes inquisidores? e paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, Ano 3, n. 10, 2003. p. 122-123.

del juzgador actuar como parte, sobre todo, al lado persecutorio. Adiciona, también, el autor que,

diferentemente do modelo acusatório, o qual é regido pelo princípio do juiz espectador, na estrutura inquisitiva ao julgador é facultada uma série de ações que acabam comprometendo sua imparcialidade, visto a determinação de juízos apriorísticos. Dentre estas ações destacam-se aquelas relativas à produção de prova e à determinação de medidas cautelares.⁸⁴⁹

Como ejemplos de esas manifestaciones inquisitoriales en el sistema procesal penal brasileño apunta Salo de Carvalho

a possibilidade de o juiz, sem a provocação das partes, requisitar ou realizar provas – testemunhal, documental ou pericial (art. 156, 2ª parte, CPP) – e restringir direitos do acusado mediante a determinação de cautelares pessoais e reais – v.g., prisão provisória (art. 311, CPP), busca e apreensão (art. 242, CPP), quebra de sigilo telefônico (art. 3º, caput, Lei nº 9.296/96), fiscal, bancário, financeiro e eleitoral (art. 3º da Lei nº 9.034/95 e arts. 5º e 6º da LC 105/01) entre outros.⁸⁵⁰

Para solucionar el problema aquí retractado, de forma a se preservar el derecho constitucional que el agente tiene de transigir, propone con acierto Cezar Roberto Bitencourt que,

se os requisitos estiverem presentes, mas o Ministério Público, por qualquer razão, não os percebe, não os aceita ou os avalia mal, como consideramos tratar-se de um direito público subjetivo do réu, só há uma saída honrosamente legal: habeas corpus! A própria Constituição Federal determina que nenhuma lesão de direito individual pode ser privada do poder jurisdicional.⁸⁵¹

⁸⁴⁹ CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 98-99.

⁸⁵⁰ CARVALHO, Salo de. **Cinco teses para entender a desjudicialização...**, p. 99.

⁸⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal...**, p. 742.

Acerca del tema, en el día 24 de septiembre de 2003, el Supremo Tribunal Federal aprobó la Súmula 696, fijando la siguiente posición: *“Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”*. Mostrando todo su inconformismo con la orientación adoptada por el órgano máximo del Poder Judicial brasileño, refiere Ivan Marques da Silva que mencionada Súmula *“afrenta a razão de ser do STF, desrespeita cláusula constitucional pétrea (nenhuma lesão a direito poderá ser subtraída do crivo do Poder Judiciário) e lança mão de analogia em situações que nada têm de análogas, sob qualquer prisma em que observadas”*.⁸⁵²

Es importante añadir que el hecho de que la suspensión condicional del proceso también contraria el principio del estado de inocencia, previsto en el art. 5º, inciso LVII, de la Constitución Federal, en dos momentos. El primer aspecto está en la circunstancia de que el acusado que acepta la propuesta del Ministerio Público, a pesar de no cumplir pena en sentido estricto, se queda sometido a un periodo de prueba en el cual está comprometido con determinadas condiciones, que, en la práctica, constituyen auténticas penas restrictivas de derechos. Existe, de ese modo, como que un reconocimiento explícito de su culpabilidad, sin que el órgano acusador pruebe, dentro de la sistemática de un debido proceso legal, basado en el contradictorio y por el ejercicio de la amplia defensa, los vínculos objetivos y subjetivos del acusado con el hecho nuclear del proceso criminal. En segundo lugar, viola nuevamente el mismo principio, cuando la ley exige, como presupuesto para la concesión de instituto, *“que o acusado não esteja sendo processado”*.⁸⁵³ Declara Luiz Flávio Gomes que *“estando o processo em curso o acusado é reputado inocente. Logo, não pode o legislador tratá-lo como se condenado fosse. A regra de tratamento derivada da presunção de inocência impede que o “acusado” seja tratado*

⁸⁵² MARQUES DA SILVA, Ivan. A inacreditável Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 11, n. 135, p. 6, 2004.

⁸⁵³ Art. 89, da Lei 9099/95.

como “condenado”⁸⁵⁴. Adoptando ese entendimiento ya decidió el Tribunal de Alzada de Minas Gerais, que

por infringir ao princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da CF, revela-se inconstitucional a regra do art. 89 da Lei 9099/95, ao impedir a suspensão condicional do processo, em face da existência de outro processo em curso contra o acusado, circunstância que deve ser considerada pelo magistrado quando do exame das condições judiciais exigidas para a concessão daquele benefício.⁸⁵⁵

En el mismo sentido se posicionan Joel Dias Figueira Júnior y Maurício Antônio Ribeiro Lopes.⁸⁵⁶

Por fin, cabe destacar, que en el mismo art. 89, de la Ley 9099/95, también se fijó como requisito para obtener la suspensión del proceso que el acusado “*não tenha sido condenado por outro crime*”. Por lo tanto, la condena anterior, aunque ya no poseía eficacia para estimular la reincidencia, por ya haber agotado el plazo depurador de los cinco años estipulado por el art. 64, I, del Código Penal, impediría la suspensión condicional del proceso, previendo la mencionada ley, de este modo, el sistema de perpetuidad, violador de los principios de humanidad, culpabilidad por el hecho y “*non bis in idem*”, así como de la prohibición constitucional de las penas perpetuas.⁸⁵⁷

Hay que subrayar que referidos postulados tampoco son respetados en la regulación legal de la transacción penal, una vez que el legislador exige, como requisito para su proposición, que el autor de la infracción penal no haya sido anteriormente condenado definitivamente por un delito, a la pena privativa de libertad (art. 76, §2º, I, de la Ley 9099/95).

⁸⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 288-289.

⁸⁵⁵ Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Habeas Corpus nº 214.653-4, Relator Desembargador Sérgio Braga.

⁸⁵⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit., p. 391.

⁸⁵⁷ Art. 5º, inciso XLVII, “b”, da Constituição Federal.

14.2.2.7 La violencia doméstica y la Ley 9099/95

Por fin, sobre el tema aquí tratado, hay que registrar más un nuevo ítem legislativo en el escenario brasileño de afronta al principio de igualdad (art. 5º, *caput*, de la Constitución Federal de 1988). Conforme ya hemos señalado, en el día 07 de agosto de 2006, apareció la Ley 11.340, estructurando una serie de mecanismos para cohibir la violencia doméstica y familiar contra la mujer. En el art. 41, de esa nueva ley, se estipuló que a los delitos cometidos con violencia doméstica y familiar, independientemente de la pena prevista, no se aplica la Ley nº 9.099, de 26 de septiembre de 1995. A través de la lectura atenta de ese dispositivo legal, se puede ver que la prohibición de los institutos de la Ley 9099/95 está restringida a los delitos cometidos con violencia doméstica o familiar contra la mujer, no involucrando, de ese modo, cualesquiera faltas, aunque vinculadas al régimen de la Ley 11.340/06. Aduce Paulo Henrique Aranda Fuller que

tal interpretação é corroborada pelo fato de o art. 41 da Lei nº 11.340/06 salientar que a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 *independe da pena cominada*, pois a quantidade da pena privativa de liberdade apenas se afigura relevante para a definição do menor potencial ofensivo de crimes e não de contravenções penais, como se infere do art. 61 da Lei nº 9.099/95 (com a redação da Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006).⁸⁵⁸

Así, a través de esa exégesis, para la hipótesis, por ejemplo, de la falta de vías de hecho (art. 21, del Decreto-ley 3688/41), ejecutada como exteriorización de violencia doméstica, siguen pudiendo ser aplicados los institutos de la transacción civil (art. 74, de la Ley 9099/95), de la transacción penal (art. 76, de la Ley 909/95), de la suspensión condicional del proceso (art. 89, de la Ley 9099/95), el procedimiento preliminar y sumarísimo peculiar de la Justicia Negocial, igual que la necesidad de representación de la víctima, a través de la interpretación extensiva del art. 88 de la Ley 9099/95.

⁸⁵⁸ ARANDA FULLER, Paulo Henrique. Aspectos polêmicos da Lei de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher (Lei nº 11.340/06). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 14, n. 171, p. 14, 2007.

En cambio, cuando se cometan infracciones penales contra las mujeres, los autores de los hechos se quedarán privados de las prerrogativas aquí manifestadas, que son las correspondientes a la concesión de la transacción civil (art. 74, de la Ley 9099/95), de la transacción penal (art. 76, de la Ley 9099/95) y de la suspensión condicional del proceso (art. 89, de la Ley 9099/95). Véase que mencionadas prohibiciones no ocurrirían si los mismos comportamientos delictivos, ejecutados en tales circunstancias, tuviese como víctima la figura del hombre. El art. 129, §9º, del Código Penal brasileño, tipifica el delito de lesión corporal de naturaleza leve calificada por el ambiente doméstico o familiar, con la siguiente forma redaccional: *“se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalescendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos”*. Se trata de delito que no está clasificado como infracción penal de menor potencial ofensivo, en los términos del art. 61, de la Ley 9099/95, pues que la pena máxima conminada es de tres años de cárcel, luego huyendo de la competencia del Juzgado Especial Criminal. Por otro lado, la pena mínima prevista para referido delito, cuya acción penal es de naturaleza pública, es de tres meses, cabiendo, así, la divulgación de la propuesta de suspensión condicional del proceso por el Ministerio Público, cuando en el ofrecimiento de la denuncia. Sin embargo, como el instituto de suspensión condicional del proceso se encuentra reglamentado en la legislación que disciplina el Juzgado Especial Criminal, en su art. 89 y el art. 41, de la Ley 11.340/06, aleja el empleo de la Ley 9099/95, en caso de violencia doméstica y familiar cuya víctima sea mujer, el sujeto activo se quedará privado de la oferta del instituto, aunque venga a rellenar la integralidad de los presupuestos normativos. Ya si la misma conducta ostentara como ofendido una persona del sexo masculino no habría óbice alguno a la utilización del *“sursis procesal”*. Recuerdan João Paulo de Aguiar Sampaio Souza y Tiago Abud da Fonseca que *“quando a lei menciona sobre a violência doméstica contra a mulher não está disposta única e exclusivamente sobre a mulher que é agredida pelo marido ou companheiro. Neste contexto de relações está a violência exercida por pais contra filhas ou, ao contrário, dos filhos*

contra a mãe".⁸⁵⁹ Así, si un padre, en una grave discusión familiar en el hogar, prometer matar a su hija, cometería el delito de amenaza, tipificado en el art. 147, del Código Penal, cuya pena es de detención de uno a seis meses o multa. Sin embargo, en ese caso, a pesar de ser una infracción en la cual podría recaer los institutos de la transacción civil, transacción penal y suspensión condicional del proceso, propios de la Ley 9099/95, con el contenido del art. 41 de la Ley 11.340/06, tales operaciones están prohibidas, considerando que la víctima es mujer. Ya lo mismo no pasaría si el padre hubiera hecho igual amenaza dirigida al hijo varón.

No hay necesidad que se haga grandes reflexiones para afirmar que esa sistemática legislativa contraría gravemente el principio constitucional de igualdad, una vez que el legislador infraconstitucional construyó dos situaciones normativas distintas, tratando jurídicamente de forma diferenciada la condición de hombre y mujer, también insertó desequilibrios sobre el *status* entre los hijos.

Problemas de isonomía son encontrados también cuando en el art. 17, de la Ley 11.340/06, se enuncia que "é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa". De la misma forma, se choca con el principio de igualdad, la determinación, prevista en el art. 14, de la Ley 11.340/06, de la creación del llamado "Juzgado de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer", competente sólo para el proceso, enjuiciamiento y ejecución de causas originadas de la práctica de violencia doméstica donde la mujer sea la víctima, lo que, de alguna forma, es un tanto cuestionable, al paso que en el art. 5º, XXXVII, de la Constitución Federal brasileña, consta que "não haverá juízo ou tribunal de exceção". Añade, aún, el art. 43, de la Ley 11.340/06, la inclusión en el tradicional listado de agravantes de pena del art. 61, del Código Penal, el cometer el delito con violencia contra la mujer. Por fin, es oportuno añadir, una vez que se estea ante al delito del art. 129, §9º, del Código Penal (violencia doméstica), teniendo la mujer como víctima, cuestionarse

⁸⁵⁹ SAMPAIO SOUZA, João Paulo de Aguiar; ABUD DA FONSECA, Tiago. A aplicação da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 14, Nº 168, São Paulo, 2006, p. 4.

cual deberá ser la especie de acción penal. Esto porque el art. 88 de la Ley 9099/95, fijó la necesidad de representación de la víctima cuando se tratar de “crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”, o sea, como siendo una infracción penal de acción penal pública condicionada. Para solucionar eso, dos líneas doctrinales fueron instauradas: a) Para Luiz Flávio Gomes y Alice Bianchini⁸⁶⁰, ante al contenido del art. 41, de la Ley 11.340/06, que alejó la aplicación del art. 88, de la Ley 9099/95, la acción penal en el referido delito pasó a ser pública incondicionada. Sobre el tema es importante mencionar el art. 16, de la Ley 11.340/06, “in verbis”: “Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”. Pues para esa primera orientación, mencionado art. 16, de la Ley 11.340/06, sería utilizado solamente en los delitos de acción penal pública condicionada en que la necesidad de la representación fuera estipulada por estatuto legal diverso de la Ley 9099/95, como son los casos, por ejemplo, de la amenaza (art. 147, § único, del Código Penal) y de los delitos contra las costumbres, en la situación en que la víctima sea pobre (art. 225, §1º, I y §2º, del Código Penal); b) Ya para Damásio de Jesus⁸⁶¹, la acción penal en la hipótesis típica de lesión corporal leve calificada por el ambiente doméstico o familiar, del art. 129, §9º, del Código Penal, permanece como siendo pública condicionada a la representación del ofendido, de acuerdo con el dispuesto en el art. 88, de la Ley 9099/95.

Aclara con propiedad Paulo Henrique Aranda Fuller que el acogimiento de la primera tesis representaría el apareamiento de dos categorías de lesión corporal calificada por la violencia doméstica o familiar (art. 129, §9º, del Código Penal brasileño):

⁸⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio; BIANQUINI, Alice. Lei da violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima. **Jus Navigandi**, Ano 10, N° 1178, Teresina, 2006. Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?>. Accedido en 09/10/07.

⁸⁶¹ JESUS, Damásio de. Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006). In: **Complexo Jurídico Damásio de Jesus**, São Paulo, 2006. Disponible en: www.damasio.com.br. Accedido en 09/10/07.

uma, de ação penal pública *incondicionada*, para os casos em que o sujeito passivo da ofensa for mulher; outra, de ação penal pública *condicionada* à representação do ofendido, quando este for homem, em flagrante afronta ao princípio constitucional da isonomia (basta imaginar a conduta de uma filha que agrida seus pais, causando-lhe lesões corporais de natureza leve: o crime praticado contra a mãe seria de ação penal pública *incondicionada*, por força do art. 41 da Lei nº 11.340/06, enquanto que o crime perpetrado contra o pai seria de ação penal pública *condicionada* à representação do ofendido, a teor do art. 88 da Lei nº 9.099/95).⁸⁶²

Además de todos estos tópicos que coliden con el postulado constitucional de la isonomía, se crea, de igual modo, barricadas de orden de proporcionalidad. Como testifican João Paulo Aguiar Sampaio Souza y Tiago Abud da Fonseca,

é visivelmente desproporcional que no crime de aborto consentido, que protege o bem jurídico vida, seja permitido o *sursis* processual previsto na Lei nº 9.099/95 e na hipótese de ameaça no âmbito familiar contra a mulher não seja possível a aplicação de qualquer dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95.⁸⁶³

El enfrentamiento correcto de la violencia de género y el combate a las formas de discriminación no es a través de una intervención más amplia, arbitraria e incisiva del sistema penal, que abandona y suprime los derechos y garantías primordiales consagrados en la Constitución Federal. Sobre el tema destaca Maria Lúcia Karam que

já faz tempo que os movimentos feministas, dentre outros movimentos sociais, se fizeram co-responsáveis pela hoje desmedida expansão do poder punitivo. Aderindo à intervenção do sistema penal como pretensa solução para todos os problemas, contribuíram decisivamente para a legitimação do maior rigor penal que, marcando legislações por todo o mundo a partir das últimas décadas do século XX, se faz acompanhar de uma sistemática violação a princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, com a crescente supressão de direitos fundamentais.⁸⁶⁴

⁸⁶² ARANDA FULLER, Paulo Henrique. **Aspectos polêmicos da Lei de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher** (Lei nº 11.340/06)..., p. 15.

⁸⁶³ SAMPAIO SOUZA, João Paulo de Aguiar; ABUD DA FONSECA, Tiago. **A aplicação da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher...**, p. 5.

⁸⁶⁴ KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: O paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 14, n. 168, São Paulo, 2006. p. 6.

Hay que subrayar que en la legislación española en el ámbito de la represión penal de la violencia doméstica, que fue objeto de varias reformas normativas en los últimos años (Ley Orgánica 14/1999, Ley Orgánica 11/2003 y Ley Orgánica 1/2004) y que sirvió de modelo para la elaboración, en Brasil, de la Ley 11.340/06, también se verifican objeciones por parte de la doctrina sobre el expansionismo e inmersión de la línea promocional el Derecho Penal, con posibles violaciones a los principios fundamentales, de forma muy particular el correspondiente a la igualdad. Puntúa Bernardo del Rosal Blasco que muy discutible y peligrosa como precedente normativo se muestra la reforma en esa temática legislativa, emprendida por la Ley Orgánica 1/2004, cuando introdució criterios de discriminación positiva en el ámbito de la tipificación penal de determinadas conductas, en que se fija una sobreprotección de las mujeres, centrada, única y exclusivamente, en la constatación de su natural posición de víctima habitual de los delitos en cuestión, otorgándole, de esa forma, un exceso de tutela jurídica. El autor afirma que la misión esencial del Derecho Penal no debe ser la promoción de valores sociales, pero sí la tutela de bienes jurídicos que son lesionados o expuestos a peligro de lesión por los agresores. Concluye Rosal Blasco que

la titularidad de esos bienes jurídicos es patrimonio individual de cualquier persona, independientemente de su sexo, y sólo si se pudiera acreditar, en términos generales, una situación de mayor vulnerabilidad (y, por tanto, mayor daño o perjuicio) frente a los posibles ataques, se podría compensar la misma con una mayor respuesta penal. Pero ése no es el caso, al menos en los términos tan generales como pretende la Ley Orgánica 1/2004, porque la salud, la libertad, la dignidad de las personas no es más vulnerable a los ataques por el mero hecho de ser mujer su titular. Por lo tanto, dicha discriminación, por no estar debidamente justificada, contradice el principio de igualdad y el principio de protección.⁸⁶⁵

Sobre el tema, Juan José González Rus también destaca que se ha puesto en duda la constitucionalidad de la LO 1/2004, en primer lugar, cuando se construyó tipos penales específicos, con carga sancionatoria más alta, en que se presenta como sujeto pasivo exclusivo la mujer y en el extremo pasivo el hombre, vulnerando,

⁸⁶⁵ ROSAL BLASCO, Bernardo del. La política criminal contra la violencia doméstica: ¿Alguien da más? In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; ROSAL BLASCO, Bernardo del; MORILLAS CUEVA; et al. (Coordinadores). **Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo Del Rosal...**, p. 349.

de esa forma, el principio de igualdad y otros de naturaleza penal. De acuerdo con González Rus,

el propósito, que puede resultar político-criminalmente oportuno, de prestar una protección específica y más intensa a la mujer en el ámbito doméstico y de las relaciones afectivas, si bien puede hacer conveniente la creación de figuras delictivas en las que la mujer pueda ser sujeto pasivo exclusivo del delito, no tiene porqué conducir necesariamente a la creación de delitos especiales, imponiendo que sujeto activo haya de serlo también sólo un hombre. Ello es sólo obligado cuando la situación se observa y plantea desde la filosofía propia de la "violencia de género".⁸⁶⁶

Se observa que esa sistemática normativa de protección jurídica especialmente dirigida a la mujer, origina, además de una notoria situación de discriminación negativa para el hombre, también la representación de la idea de que la agravación de la responsabilidad penal del varón está fundamentada en la presunción de su mayor peligrosidad, alejándose, de ese modo, referida línea, de los postulados del principio de culpabilidad por el hecho cometido. Los bienes jurídicos atinentes a la libertad, integridad física y salud son de igual importancia en el hombre y en la mujer, de modo que no hay justificación sustancial plausible para que se pueda aceptar la circunstancia de que, conforme sea el sexo de la persona lesionada, se pueda determinar una mayor o menor gravedad del ilícito. Ante a esa situación, concluye González Rus,

no queda otra posibilidad que entender que el único fundamento de la mayor pena señalada a los atentados realizados por el hombre sobre la mujer en el ámbito de las relaciones afectivas entre ellos es una simple cuestión de sexo: el hecho de ser hombre o mujer, el simple dato biológico de ser varón o mujer, determina, sin más, una sustancial agravación de la responsabilidad criminal, lo que, a mi juicio, resulta claramente contrario al artículo 14 CE y al principio de igualdad sancionado en el mismo. Y ello, simplemente por no haberse limitado a establecer una discriminación positiva en favor de la mujer, sino por haber ido más allá y haber sancionado una discriminación negativa en perjuicio del varón, que ve agravada su responsabilidad no sobre la base de criterios de mayor importancia del peligro o de la lesión del bien jurídico (desvalor del

⁸⁶⁶ GONZÁLEZ RUS, Juan José. La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; ROSAL BLASCO, Bernardo del; MORILLAS CUEVA; et al. (Coordinadores). **Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo Del Rosal...**, p. 495.

resultado), o de mayor lesividad o peligrosidad de la acción para otros bienes jurídicos (desvalor de acción), ni de mayor culpabilidad, sino al simple hecho de ser hombre. Innecesario es advertir que el paso que hay entre una fundamentación así y el Derecho penal de autor, que fundamenta la responsabilidad en lo que el sujeto “es” y no en “lo que hace”, es mínimo.⁸⁶⁷

14.2.2.8 La justicia consensual y el garantismo penal

De acuerdo con el modelo garantista debe haber un eslabón imprescindible entre delito, pena y proceso criminal, pues no es posible la existencia de delito sin pena, ni pena sin delito y proceso y ni proceso criminal, sino para probar la existencia de infracción penal y aplicar una sanción penal al autor del hecho. El proceso penal constituye de ese modo el percurso necesario a la incidencia de la sanción penal (“*nulla poena et nulla culpa sine iudicio*”). Giza Juan Montero Aroca que “*no existe aplicación del derecho penal por órganos distintos de los órganos jurisdiccionales, ni fuera del proceso, de modo que los términos delito, proceso y pena son correlativos y no existe uno sin los otros*”.⁸⁶⁸ En ese engranaje, compete al Poder Judicial confirmar la presencia del delito y atribuir la pena proporcional a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, y tal procedimiento se debe dar en un proceso penal válido e inspirado en todas las garantías constitucionales aseguradas al acusado. De modo que es inconcebible la aplicación de sanción penal sin que se instrumentalice un proceso criminal, tampoco en la hipótesis en que su concretización se operó con el asentimiento del acusado, tal como ocurre en la llamada “justicia negociada” o “justicia criminal consensuada”, regulada en nuestro país por las Leyes 9099/95 y 10.259/01. Por lo tanto, el proceso penal debe ser un instrumento válido y eficaz de protección de los derechos y garantías individuales.

En ese diapasón aclara Aury Lopes Júnior que,

⁸⁶⁷ GONZÁLEZ RUS, Juan José. **La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones** ..., p. 498.

⁸⁶⁸ AROCA, Juan Montero. **Principios del Proceso Penal: Una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 16.

dentro dessa íntima relação entre o Direito Penal e o processo penal, deve-se apontar que o atual modelo de Direito Penal mínimo corresponde a um processo penal garantista. Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder.⁸⁶⁹

La “justicia garantista” parte del presupuesto de que el Derecho existe esencialmente para tutelar los derechos fundamentales y que tal idea debe orientar toda la actividad jurisdiccional, cabiendo al juez la tarea de ser un ardoroso defensor de las garantías constitucionales del acusado, asegurando el respeto a su dignidad como persona. En el funcionamiento de ese sistema procesal debe haber sintonía con las garantías de la jurisdiccionalidad, de la inderogabilidad del juicio, en el doble sentido de la infungibilidad y de la indeclinabilidad de la jurisdicción, de la separación cristalina de las competencias del juez y de la acusación, de la presunción de inocencia del imputado hasta que haya una prueba contraria que justifique su condena, de la fundamentación de las decisiones judiciales y del contradictorio y de la amplia defensa, requisitos mínimos que deben reinar en un Estado Democrático de Derecho.

Por lo que se observa, el sistema de la “justicia criminal consensuada” contraria esos principios básicos del sistema garantista, se presentando como un procedimiento que está asentado en la autonomía de la voluntad y que prácticamente dispensa cualquier actividad probatoria y control jurisdiccional. En la exposición que hicimos, pudimos percibir lo tanto que la disciplina legal de los institutos de la “transacción penal” y de la “suspensión condicional del proceso”, provoca la erosión de los principios de igualdad, del debido proceso legal y del contradictorio. Señala, aún, Aury Lopes Júnior, que la característica fundamental del

princípio do contraditório é exatamente o confronto claro, público e antagônico entre as partes em igualdade de condições. Essa importante conquista da evolução do Estado de Direito resulta ser a primeira vítima da justiça negociada, que começa por sacrificar o contraditório e acaba por matar a igualdade de armas. Que igualdade pode existir na relação do

⁸⁶⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. p. 6.

cidadão suspeito frente à prepotência da acusação, que ao dispor do poder de negociar, humilha e impõe suas condições e estipula o preço do negócio?⁸⁷⁰

En el mismo sentido se posiciona Maria Lúcia Karam, al afirmar que esas medidas dichas despenalizadoras “ampliam o alcance do sistema penal, ao preço do enfraquecimento de garantias inerentes à fórmula fundamental do devido processo penal”.⁸⁷¹

Lo que se ha verificado en la práctica funcional de ese sistema es que, regla general, los acusados aceptan las propuestas ofertadas por el Ministerio Público, sea por ocasión de la transacción penal, en que se da la aplicación inmediata de pena no privativa de libertad, sea en momento subsecuente, en la proposición de la denuncia con el pedido de suspensión condicional del proceso, en que el agente debe se quedar sometido a las restricciones impuestas. La justificación para eso se asocia al hecho de que si acaso actúen de forma diversa, o sea, una vez recusando el “negocio” y las cláusulas impuestas por el órgano acusador, la situación puede se hacer más complicada e incierta, siendo preferible acabar luego el hecho, aunque eso venga a traducir la asunción por parte de ellos de su culpabilidad y de la estigmatización social que por cierto van a sufrir, por acontecimientos, muchas veces, de que son inocentes o que son completamente infundados o carecedores de lesividad. De ese modo, alerta Luigi Ferrajoli, que ese modelo de tono consensual,

puede provocar una importante perversión burocrática y policial de una buena parte de la justicia penal, transformando el juicio en un lujo reservado sólo a quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y sus riesgos. Y de que el proceso pueda quedar reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente, se coloque ante la disyuntiva entre condena a una pena reducida y el albur de un juicio ordinario que puede cerrarse con la absolución pero también con una pena mucho más grave.⁸⁷²

⁸⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. p. 24.

⁸⁷¹ KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das Leis 9.099/95 e 10.259/2001. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 10, n. 39, p. 172, 2002.

⁸⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 748.

Es nítida también la posición de superioridad en que se encuentra el órgano acusador, se haciendo práctica común, en esa dinámica procesal, la superviniencia de presiones psicológicas sobre el acusado, para que acepte de inmediato la negociación, aunque tenga plena conciencia de la inexistencia de su responsabilidad. El cuadro se queda más asustador cuando, puntúa Aury Lopes Júnior,

ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel.⁸⁷³

Ante al expuesto, estamos plenamente de acuerdo con las conclusiones a que llega Luigi Ferrajoli, en el sentido de que en la operacionalización del modelo de justicia consensual,

todo el sistema de garantías queda así desquiciado: el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación; los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, ya que no existe ningún criterio legal que condicione la severidad o la indulgencia del ministerio público y que discipline la partida que ha emprendido con el acusado; la inderogabilidad del juicio, que implica infungibilidad de la jurisdicción y de sus garantías, además de la obrigatoriedad de la acción penal y de la indisponibilidad de las situaciones penales, burladas de hecho por el poder del ministerio fiscal de ordenar la libertad del acusado que se declara culpable; la presunción de inocencia y la carga de la prueba a la acusación, negadas sustancial, ya que no formalmente, por la primacía que se atribuye a la confesión interesada y por el papel de corrupción del sospechoso que se encarga a la acusación cuando no a la defensa; el principio de contradicción, que exige el conflicto y la neta separación de funciones entre las partes procesales.⁸⁷⁴

⁸⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. p. 26.

⁸⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 749.

Capítulo 15

LOS MODELOS CLASIFICATORIOS DE LAS INFRACCIONES PENALES

15 LOS MODELOS CLASIFICATORIOS DE LAS INFRACCIONES PENALES

15.1 CONCEPCIONES BIPARTITAS Y TRIPARTITAS

La doctrina y las legislaciones establecen dos sistemas de clasificación de las infracciones penales, conforme la gravedad de los ilícitos.

Hay la clasificación *tripartita* (*tricotómica*), que hace la separación entre crímenes, delitos y faltas, que fue acogida, por ejemplo, por el antiguo Código Penal Francés de 1791, según el cual los *crimes* serían acciones que violaban los derechos naturales, los *délits* infringían derechos oriundos del contrato social y, por fin, las *contraventions* eran las infracciones concernientes a la falta respeto a las disposiciones y reglamentos de policía. Posteriormente, el Código de 1810 mantuvo esa estructura, estatuyendo su art. 1º, que “*L'infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention. L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit. L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime*”. Informa Luiz Régis Prado que “*essa sistemática, denominada summa divisio do Direito Penal, padecia de ilogicidade, visto que a gravidade da infração era deduzida do rigor da sanção penal e não o contrário*”.⁸⁷⁵ De ese modo, el actual Código Penal Francés de 1994, corrigiendo las críticas procedentes que fueron suscitadas, siguió empleando la clasificación tripartita, pero asentada, ahora, en la idea de la gravedad de la conducta. Dispone el art. 111-1, que “*Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions*”.

En España los Códigos Penales ed 1848 y 1870, que tuvieron como modelo el Código Penal Francés de 1810, acogieron el sistema clasificatorio tripartito, en delitos graves sancionados con penas aflictivas, delitos menos graves, para los cuales se conminaba penas correccionales y, por fin, las faltas, castigadas con

⁸⁷⁵ RÉGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. p. 136.

penas leves. Pero, con la reforma de 1932, se pasó para una clasificación bipartida, en delitos y faltas. Sin embargo, en 1995 entró en vigencia el nuevo Código Penal Español, estatuto en que se encuentran referencias a los delitos graves, delitos menos graves y las llamadas faltas, volviendo a la tradicional clasificación tripartita. Enuncia el art. 13.1, que “*son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave; 2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave; 3. Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve*”. El art. 33. 1, dispone que “*en función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves*”. Cabe destacar que el art. 10 define los delitos y las faltas como “*las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley*”.

Ese sistema tripartito fue recibido también por el Código Penal Bávaro de 1813, por el Código Prusiano de 1851 y por el Código Penal Alemán de 1871.

El origen de esa clasificación tripartita es muy antigua, habiendo sido empleada ya en el siglo XVII por Benedikt Carpzov. En ese sentido, señala Jose Maria Rodriguez Devesa, que el origen de ese sistema está en el Derecho Penal común europeo que

se basaba en la calidad de las penas. Delicta atrocissima llamados también atrociora, eran aquellos a los que se imponía pena más grave que la simple muerte; gravia o atrocía, los que tenían por consecuencia la pena de “muerte natural o civil”; levia, los demás. El interés por el mos gallicus y la abstracción consiguiente favorece la difusión de estas categorías, y de otras fruto del placer que se experimenta en clasificar y distinguir.⁸⁷⁶

Por otro lado, hay el *sistema bipartito (dicotómico)*, según el cual las infracciones penales se dividen en crímenes o delitos, entendidos como sinónimos, y las faltas, presentando diferencias meramente cuantitativas, específicamente el lo que tiene que ver con la gravedad de las conductas y de las penas. Recuerda Eugenio Cuello Calón que

⁸⁷⁶ DEVESA, Jose Maria Rodriguez. Op. cit., p. 351.

también la bipartita tiene antiguos precedentes, más antiguos aún que la tripartita, pues el derecho germánico ya dividía las infracciones en graves y leves (Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, página 224), y en el derecho alemán existió igual distinción (Ungericht se denominaron aquellas infracciones, y Frevel las segundas), las primeras llevaban consigo penas criminales en el cuello y en la mano, las segundas, penas criminales en la piel y el cabello, éste fué el punto de vista de la Constitutio Carolina.⁸⁷⁷

Esa sistemática fue adoptada por el Código Toscano, por los Códigos Penales Italianos de 1889 y 1930, que en su art. 39 se refiere al *delitti* y la *contravvenzioni* y por el actual Código Penal Alemán, de 1975, que abandonó la concepción tripartita de las legislaciones anteriores, y acogió la bipartita en su art. 12, que trata de los delitos graves y delitos menos graves.

En Argentina, relatan Jorge Frias Caballero, Diego Codino y Rodrigo Codino que el Código de 1921

únicamente se refiere a los delitos sin legislar sobre contravenciones o faltas, lo que plantea un conjunto de complicados problemas no siempre resueltos coherentemente. Los precedentes históricos argentinos, a partir del Proyecto de Tejedor consagraron unas veces el sistema tripartido y otras el bipartito. El Proyecto de 1917, alegando que la legislación sobre faltas corresponde a las provincias, suprimió el Libro sobre las Faltas contenido en el Proyecto de 1906. De todos modos la vigente legislación plantea el no fácil problema de la competencia de la Nación y de las provincias para legislar sobre faltas.⁸⁷⁸

La materia está regulada en la Constitución Argentina en los arts. 67, inciso 11, 32, 104, 105 y 108. Conforme esos preceptos constitucionales, el Congreso Nacional tendría competencia exclusiva para elaborar un Código Penal, creando delitos y sus respectivas penas. Pero las Provincias detienen todos los poderes no delegados, como, por ejemplo, el poder de policía. De esa forma, están autorizadas a editar leyes sobre seguridad, salubridad, moral, impuestos locales, restricciones a la libertad de prensa, delitos electorales, etc. Por regla general las Provincias

⁸⁷⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. cit., p. 284.

⁸⁷⁸ CABALLERO, Jorge Frias, CODINO, Diego; CODINO, Rodrigo. Op. cit., p. 148.

estipulan las contravenciones en decretos, ordenanzas municipales, edictos policiales, pudiendo ser, incluso, en Códigos de policía o de faltas.

¿Cuáles son las ventajas de se instituir una clasificación tripartita o bipartita de los hechos punibles? El tema es controvertido en la doctrina. Destaca José Cerezo Mir que

en favor de la clasificación tripartita se aducen sobre todo razones procesales. Es posible establecer para cada clase de infracciones procedimientos diferentes. En Francia entienden generalmente de los crímenes las Cours d'Assises (tribunal del jurado), de los delitos los tribunales correccionales y de las contravenciones los tribunales de policía. En favor de la clasificación tripartita se aduce, también en ocasiones, que la distinción de los crímenes y los delitos corresponde a la concepción popular, que reserva la palabra "crimen" para los hechos de mayor gravedad. No obstante, como señala Antón Oneca, los legisladores no suelen atenerse a las concepciones populares al deslindar los crímenes y los delitos, pues suelen incluir entre los primeros algunas figuras delictivas contra la seguridad del Estado, que no son tenidas por la opinión pública como muy graves.⁸⁷⁹

En verdad, la dogmática jurídico-penal se ha posicionado de una forma más favorable en relación al sistema bipartito, o sea, en la división entre delitos y faltas, porque entienden algunos penalistas que entre los crímenes y los delitos no hay diferencias esenciales, ya entre los delitos y la faltas se verifica una profunda asimetría en la naturaleza y calidad. De ese modo, refuerza Cuello Calón,

los delitos - se dice, - contienen una lesión efectiva o potencial de intereses jurídicamente protegidos, infringen las normas de moralidad y son hechos inspirados en intención malévola, mientras que las contravenciones son hechos inocentes indiferentes en sí mismos, realizados sin mala intención, que solamente constituyen un peligro para el orden jurídico y que por ello se sanciona a título preventivo.⁸⁸⁰

En el mismo sentido son las concepciones de Carrara, Feuerbach, Binding e impallomeni.

⁸⁷⁹ CERESO MIR, Jose. **Curso de Derecho Penal Español**. Madrid: Tecnos, 2004. Parte General. v. II, p. 25-26.

Bajo otra visión, hay juristas que defienden la idea de que no hay diferencias ontológicas entre los delitos y las faltas, salvo en lo que tiene que ver con el aspecto cuantitativo. La distinción se basa fundamentalmente en la pena, constituyendo la falta un *minus* de daño o de peligro en relación al *plus* de lesión o de peligro implícito al delito.⁸⁸¹ Defiende esa concepción Enrico Ferri, para quien

entre crime e contravenção não existe diferença substancial sob o ponto de vista jurídico, pois que ambas são infracções das normas penais, ditadas pela necessidade da defesa social contra acções danosas ou perigosas para a segurança ou prosperidade pública e privada. E por isto não há outro criterio positivo e seguro de distinção entre elas fora da sanção repressiva estabelecida pelo Código ou por leis especiais para uma e outra especie de infracções.⁸⁸²

Siguiendo esa misma línea conceptual se tiene Dorado Montero, E. Florian, J. Goldschmidt y S. Longhi.

15.2 LA SISTEMÁTICA BIPARTITA DEL DERECHO PENAL BRASILEÑO

En el Derecho Penal brasileño se adoptó la clasificación bipartita, se encontrando los crímenes o delitos, representando las infracciones penales más graves y, por lo tanto, sujetos a sanciones penales más rígidas y la categoría de las faltas, abarcando las infracciones penales más blandas, a las cuales el legislador conminó sanciones penales más suaves, obedeciendo el principio de proporcionalidad. Se constata a través de la lectura del art. 1º, de la Ley de Introducción al Código Penal y Ley de las Contravenciones Penales (Decreto-Ley n. 3914, de 9 de diciembre de 1941), que fija:

⁸⁸⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. cit., p. 185.

⁸⁸¹ Cfr. FARIA, Bento de. *Das Contravenções Penais*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1958, p. 21.

⁸⁸² FERRI, Henrique. **Princípios de Direito Criminal**. São Paulo: Livraria Academica/Saraiva, 1931. p. 572.

considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

De esa forma, en el Derecho Penal brasileño no hay distinción entre crimen y delito, pues tales expresiones son empleadas como sinónimas. Señala Heleno Cláudio Fragoso que *“fato punível é designação mais ampla, abrangendo crime (ou delito) e contravenção, que constituem distintas espécies de ilícito penal”*.⁸⁸³ De la misma forma no hay diferencia sustancial entre crimen y contravención (o falta), significando ésta sólo una infracción penal de menor gravedad. Enfatiza Damásio de Jesus que *“o mesmo fato pode ser considerado crime ou contravenção pelo legislador de acordo com a necessidade de prevenção social. Assim, uma contravenção pode no futuro vir a ser definida como delito”*.⁸⁸⁴

Es fácil percibir la clasificación de un ilícito penal en la legislación brasileña, pues es suficiente verificar la naturaleza de la pena conminada. Si fue establecida la pena de reclusión o detención estaremos ante un crimen (delito). Si la pena fijada fue de prisión simple o, de forma aislada, pena de multa, será una falta. Reclusión, detención y prisión simple son especies del género penas privativas de libertad.

Los delitos están tipificados en los once Títulos de la Parte Especial del Código Penal de 1940 y en las leyes extravagantes; las faltas están descritas, fundamentalmente, en el Decreto-Ley n. 3.688, de 3 de octubre de 1941 (Ley de las Contravenciones Penais).

Los principios básicos del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal son aplicables a las dos modalidades infraccionales, tales como, por ejemplo, los de legalidad, irretroactividad de la ley penal más severa, individualización y de personalidad de pena, culpabilidad, estado de inocencia y del debido proceso legal.

⁸⁸³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A Nova Parte Geral..., p. 141.

⁸⁸⁴ JESUS, Damásio E. de. **Lei das Contravenções Penais Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.4.

Sin embargo, con relación a algunos institutos hay elementos diferenciales, como, en caso de, por ejemplo, la tentativa, que por regla general es punible cuando se trata de delitos, aplicándose, en el cálculo de la pena, una atenuación que oscila de uno a dos tercios (art. 14, II y párrafo único, del Código Penal), pero sobre las faltas no es sancionada en ninguna hipótesis (art. 4º, de la Ley de las Contravenciones Penales). También ocurre discrepancia de tratamiento en la disciplina del límite de las penas privativas de libertad, que, para los delitos, es en máximo treinta años (art. 75, del Código Penal), y, para las faltas, desde cinco años (art. 10, de la Ley de las Contravenciones Penales).

Cabe recordar que algunos delitos y todas las faltas están catalogadas como infracciones penales de menor potencial ofensivo, bajo la competencia de los Juzgados Especiales Criminales.

Otro aspecto importante sobre la clasificación de las infracciones penales, es que cuando los hechos definidos como delitos y como faltas son protagonizados por menores de dieciocho años, inimputables en los términos del art. 27, del Código Penal, se dice que cometieron actos infraccionales, según determinación del art. 103, de la Ley 8069/90 (Estatuto del Niño y del Adolescente). Si el infractor sea un niño, persona hasta doce años de edad incompletados, recibirá una medida específica de protección (art. 101, de la Ley 8069/90); en la eventualidad de ser un adolescente, sujeto entre doce y dieciocho años de edad incompletados, incidirá sobre él una medida socioeducativa, especificadas en el art. 112, de la Ley 8069/90.

Por último, en términos de clasificación de infracciones penales, se debe subrayar la existencia de la categoría de los crímenes horrendos, que, en verdad, representan algunos delitos que ya existían en el ordenamiento jurídico-penal brasileño, pero que con la reprobación de una ley de la década de los noventa, del siglo XX, fueron alzados a esta condición, recibiendo un tratamiento penal y procesal más enérgico. Referidos temas vamos a desarrollar con más vagar a continuación.

15.3 LOS CRÍMENES HORRENDOS Y LAS FIGURAS DELICTIVAS EQUIPARADAS

15.3.1 Nociones Generales y Concepto

La Constitución de la República Federativa de Brasil, de 05 de octubre de 1988, en su art. 5º, inciso XLIII, dispone que

a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Según los lexicógrafos, *hediondo* es el comportamiento “*depravado, vicioso, sórdido, imundo*”.⁸⁸⁵

A su vez el escritor Gerardo Mello Mourão⁸⁸⁶ después de referir que la literatura de denuncia, que tiene sus precursores en los profetas judíos y en los trágicos griegos, fue la primera en tratar sobre los reos de crimen horrendo, recuerda que esa palabra – horrendo (*hediondo*) – viene del latín “*hoedus*”, que significa “bode”: “*hediondo, assim, é aquilo que tem um mau cheiro abominável, um característico fedor caprino*”.

El texto constitucional brasileño, aunque mencionado en el pasaje recordado anteriormente, la categoría de los crímenes horrendos, sin embargo se abstuvo de caracterizar esa modalidad delictiva, tampoco elucidando si tal calificativo se refiere al acto cometido o si la hediondez está en la persona que lo comete.

Ante a ese silencio la doctrina presentó tres criterios para la caracterización del crimen horrendo: legal, judicial y mixto.

⁸⁸⁵ Cfr. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 720.

⁸⁸⁶ MOURÃO, Gerardo Mello. Crime Hediondo. **Jornal Folha de São Paulo**, São Paulo, 01 maio 1997. Caderno A, p. 2.

Por el criterio legal, podría el propio legislador presentar el elenco de los delitos que considera horrendos, de forma taxativa.

Conforme al criterio judicial, el magistrado tendría la competencia para clasificar el delito como horrendo, consideando la cualificación objetiva del hecho, el *modus operandi* utilizado para la ejecución del ilícito o por tener éste causado intensa repulsa a la sociedad.

Por último, la doctrina menciona el criterio mixto, que combina los dos sistemas anteriores, de manera que el legislador presentaría, ejemplificativamente, algunos crímenes horrendos en el texto legal, pero se admitiría que el magistrado ampliase ese elenco, si la gravedad objetiva del delito exigiese.

De los criterios aquí destacados, se optó por el legal, indicando en la Ley 8072/90, posteriormente alterada por las Leyes 8930/94 y 9695/98, que delitos son considerados horrendos en nuestro País. De ese modo, en Brasil, crimen horrendo no es aquel que se muestra, en el caso concreto, sustancialmente repugnante, asqueroso, depravado, horrible, sádico, cruel, por su gravedad objetiva, o por su modo o medio de ejecución, o por la finalidad del agente, sino aquél que está definido de modo taxativo en la ley infraconstitucional.

El art. 5º, inciso XLIII, de la Ley Mayor, constituye una norma constitucional de eficacia limitada, pues estipuló algunas consecuencias penales y procesales a los crímenes horrendos, a la práctica de tortura, al tráfico ilícito de estupefacientes y al terrorismo, autorizando que el legislador ordinario definiese cuales los tipos penales horrendos, así como la caracterización precisa de los demás ilícitos semejantes.

De ese modo, los crímenes horrendos fueron relacionados de forma absolutamente taxativa, en el art. 1º, de la Ley 8072/90, que tuvo dos modificaciones, conforme ya mencionamos, con las ediciones de las Leyes 8930/94 y 9695/98.

En concreto, se tipifican como horrendos los siguientes delitos, tanto consumados como intentados:

A) homicidio simple (art. 121, del Código Penal), cuando se cometa como actividad típica de grupo de exterminio, aunque lo ejecute sólo un agente. Observan con propiedad José Geraldo da Silva, Wilson Lavorenti y Fabiano Genofre que “a imprecisão terminológica impossibilita compreender o significado semântico de grupo de extermínio, moldando um tipo penal vago demais e deixando entrever, desta forma, uma ofensa ao princípio da reserva legal, vez que quebra o comando taxativo que deve emergir da norma”.⁸⁸⁷ Realmente, se trata de un dispositivo caracterizado por la absoluta anchura de sus elementos configuradores, habiendo una indeterminación acerca de cuántas personas deben componer el grupo, cuáles sus motivaciones y cuántas víctimas deben ser exterminadas, para que se tenga configurada la especie delictiva en su forma horrenda, datos que acaban siendo rellenados por el juzgador, arruinando, de este modo, los principios de legalidad y separación de los poderes.

Además de eso, es difícil creer que una actividad típica de grupo de exterminio pueda ser clasificada como homicidio simple, tal como pretendió el legislador. En tal caso por cierto se encontraría alguna modalidad que venga a transformarla en homicidio calificado, sea por la finalidad, por el modo o por los medios empleados. Refuerza Vicente Amêndola Neto que “a redação adotada é manifestamente esdrúxula. Ao referir-se à “atividade típica de grupo de extermínio” o inciso formulou em termos penais, um verdadeiro “buraco negro””.⁸⁸⁸ Lo ideal habría sido que el legislador hubiera remitido expresamente, para definir el elemento típico “grupo”, al delito de cuadrilla o bando, tipificado en el art. 288 del Código Penal, consistente en la asociación de más de tres personas para el fin de cometer delitos. Pero, como no procedió de esa forma, eso hace con que se tenga diferentes posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales acerca del tema. Por lo tanto, registra Victor Eduardo Rios Gonçalves que “para alguns basta o envolvimento de duas pessoas (co-autoria ou participação), enquanto, para outros, é necessário o número mínimo de três (justamente para não se confundir com a co-autoria ou a

⁸⁸⁷ SILVA, José Geraldo da, LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis Penais Especiais Anotadas**. Campinas: Millenium, 2002. p. 113.

⁸⁸⁸ AMÊNDOLA NETO, Vicente. **Crimes Hediondos**. Leme: Editora de Direito, 1997. p. 32.

participação)”.⁸⁸⁹ Concluye el autor que la última alternativa mencionada sea la más adecuada, pues según él, “*quando a lei quer abranger o simples concurso de duas ou mais pessoas, fá-lo de forma explícita, o que não ocorre na hipótese em análise*”.⁸⁹⁰

A su vez pondera Alberto Silva Franco, que

a única “atividade típica” que pode servir de parâmetro ao “grupo de extermínio” é a quadrilha ou bando, cuja existência está vinculada ao número mínimo de quatro pessoas. Em conclusão, não há cogitar de “grupo de extermínio” que não tenha, no mínimo, quatro pessoas, direta e imediatamente, envolvidas.⁸⁹¹

Otra hipótesis en que el homicidio se presenta como horrendo es en las situaciones *calificadas* del art. 121, párrafo 2º, incisos, I, II, III, IV y V, del Código Penal brasileño. Se califica el homicidio cuando es cometido mediante paga o promesa de recompensa, o por otro motivo torpe (I); por motivo fútil (II); con empleo de veneno, fuego, explosivo, asfixia, tortura o otro medio insidioso o cruel, o que pueda resultar peligro común (III); a la traición, de emboscada, o mediante disimulación o otro recurso que dificulte o haga imposible la defensa del ofendido (IV) y el cometido para asegurar la ejecución, ocultación, impunidad o ventaja de otro delito (V). La pena prevista para el homicidio calificado es de reclusión de doce a treinta años.

Situación problemática acerca del tema es sobre si la situación de la figura híbrida concomitante del homicidio privilegiado-cualificado sería o no clasificada como horrenda.

El homicidio privilegiado está regulado en el art. 121, párrafo 1º, del Código Penal, en los siguientes términos: “se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em

⁸⁸⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 4.

⁸⁹⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura...**, p. 4.

⁸⁹¹ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 261.

seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço". De esa forma, señala Romeu de Almeida Salles Júnior, son tres las hipótesis de homicidio privilegiado:

1ª) homicídio cometido por motivo de relevante valor social – trata-se de valor considerável que diz respeito a interesse coletivo; 2ª) homicídio cometido por motivo de relevante valor moral – valor considerável, condizente com o interesse particular e a moralidade média; 3ª) homicídio cometido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima – exige a lei a concorrência de todos esses elementos, culminando com a ação do agente em termos temporais exíguos (logo em seguida).⁸⁹²

Es perfectamente posible la coexistencia, en el mismo hecho delictivo, de una cualificadora de naturaleza objetiva de homicidio con una de sus figuras privilegiadas, todas ellas de connotación subjetiva. En ese sentido, ya enseñaba Aníbal Bruno que las

circunstâncias privilegiadoras podem concorrer com as qualificativas. As causas de privilégio são subjetivas. Motivo de relevante valor social ou moral, ou emoção violenta justificada pela provocação da vítima. Não podem concorrer com as circunstâncias qualificativas de caráter subjetivo que logicamente as contradizem, mas admitem concurso com qualificadoras objetivas, predominando sobre elas e atenuando ou anulando os seus efeitos penais.⁸⁹³

Por lo tanto se puede configurar, por ejemplo, una eutanasia (homicidio privilegiado por motivo de relevante valor moral) en que el agente utilizó como medio la asfixia, hipótesis en que, según el art. 121, párrafo 2º, III, del Código Penal, califica el homicidio. De la misma forma, puede el padre de una niña que fue violada matar el delincuente mediante tortura, situación en la cual habría, también, la figura ecléctica de la presencia simultánea del privilegio (relevante valor moral) y de la cualificador (empleo del medio tortura).

⁸⁹² SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Curso Completo de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 160.

⁸⁹³ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. Parte Especial. Tomo IV. p. 126.

Sin embargo hay quien entienda de forma diversa, en el sentido de que la composición se presenta como de imposible concretización. Es el caso de Magalhães Noronha, cuando dice que la imposibilidad viene de la propia disposición técnica de las materias en el art. 121, del Código Penal. Según él

depois de definir o homicídio simples, no artigo, passa no § 1º - a que ele denomina de Caso de diminuição de pena - a tratar da mitigação penal. Qual será, entretanto, a pena? Evidentemente a cominada antes, ou seja, a do artigo, ou do homicídio simples. Elementar conhecimento de técnica legislativa levaria o legislador, se quisesse estender o privilégio ao homicídio qualificado, a definir este em primeiro lugar, isto é, antes da causa de diminuição que, então, vindo depois dele e do homicídio simples, indicaria que a pena era tanto a de um como a de outro.⁸⁹⁴

La orientación doctrinal que admite la concurrencia de circunstancias del privilegio con las hipótesis cualificadoras de naturaleza objetiva se ha presentado como más frecuente en la jurisprudencia. Se debe, en ese caso, iniciar el cálculo de la pena basándose en las márgenes sancionatorias previstas para el homicidio cualificado (reclusión de doce a treinta años), para que en la tercera fase dosimétrica, se considera la minorante del privilegio del párrafo 1º, del art. 121, del Código Penal (reducción de en sexto a un tercio).

Calculada la pena, surge la cuestión de si tratar o no dicho delito como horrendo. Según el art. 1º, de la Ley 8072/90, el homicidio cualificado puro es incuestionablemente horrendo, pero y aquel que es, simultáneamente, privilegiado y cualificado, ¿puede recibir el mismo tratamiento punitivo?

Para Antônio Lopes Monteiro, el “homicídio qualificado sempre será hediondo, independentemente da aplicação da redução da pena do §1º”.⁸⁹⁵

Ya para Guilherme de Souza Nucci no

parece admissível a consideração do homicídio privilegiado-qualificado como hediondo. A Lei 8.072/90, no art. 1º, inciso I, faz expressa referência

⁸⁹⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal...**, v. 2, p. 30.

⁸⁹⁵ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos**. Texto, comentários e aspectos polêmicos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 29.

apenas ao homicídio simples e ao qualificado. A figura híbrida, admitida pela doutrina e pela jurisprudência, configura situação anômala, que não deve ser interpretada em desfavor do réu.⁸⁹⁶

Reforça Fernando Capez que uma vez

reconhecida a figura híbrida do homicídio privilegiado-qualificado, fica afastada a qualificação de hediondo do homicídio qualificado, pois, no concurso entre as circunstâncias objetivas (qualificadoras que convivem com o privilégio) e as subjetivas (privilegiadoras), estas últimas serão preponderantes, nos termos do art. 67 do CP, pois dizem respeito aos motivos determinantes do crime. Assim, o reconhecimento do privilégio afasta a hediondez do homicídio qualificado.⁸⁹⁷

A pesar de aceptarmos la simbiosis del privilegio con las cualificadoras de naturaleza objetiva del homicidio, entendemos que no se debe clasificar esta infracción penal como de naturaleza horrenda, considerando que configuraría una hipótesis de empleo de analogía *“in malam partem”*, inadmisibile en el Derecho Penal. De esa forma, hay que se interpretar la norma del art. 1º, I, de la Ley 8072/90, de forma restrictiva, se admitiendo solamente el encuadramiento como horrendo en las situaciones expresamente catalogadas. En ese sentido ya decidió la 5ª Turma del Superior Tribunal de Justicia, a través del Relator Ministro Félix Fischer, afirmando que *“por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos”*.⁸⁹⁸

B) robo con homicidio (art. 157, §3º, “in fine”, del Código Penal brasileño). El Código Penal define el delito de robo, en el art. 157, caput, como “subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”. Pero tenemos crimen horrendo solamente cuando de la violencia empleada por el agente resulta la muerte de la víctima, situación clasificada como robo con homicidio,

⁸⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**..., p. 499.

⁸⁹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Legislação Penal Especial. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 176.

⁸⁹⁸ STJ, 5ª T., REsp 180.694 – Rel. Félix Fischer – j. 02/02/99, DJU 22/03/99, p. 229.

o sea, como un robo cualificado, en que se prevé la pena de reclusión de veinte a treinta años, además de multa.

Francesco Carrara dice que “en italiano se llama latrocinio el homicidio cometido con fin de lucro; esta definición, que es de Boehmer, resume en términos concisos el criterio esencial de este delito, compuesto de dos elementos, que son: el lucro como fin, y el homicidio como medio”.⁸⁹⁹ Esa definición es aceptada por parte de la doctrina brasileña, del que es ejemplo el profesor Heleno Cláudio Fragoso.⁹⁰⁰ En esos términos habría latrocinio solamente cuando la eliminación de la víctima haya ocurrido de forma dolosa.

Otros autores repudian tal conceptualización, afirmando, por ejemplo Mirabete, que, “nos termos legais, o latrocínio não exige que o evento morte esteja nos planos do agente. Basta que ele empregue violência para roubar e que dela resulte a morte para que se tenha caracterizado o delito”.⁹⁰¹ Hay la necesidad, pero, para la superveniencia del latrocinio, que la violencia empleada por el agente tenga por objetivo la sustracción de cosa o para garantizar la impunidad del delito o la detención de la cosa sustraída, pues si la motivación sea otra, como, por ejemplo, venganza, teremos un concurso de delitos, involucrando el homicidio y el robo.

C) *extorsión cualificada por muerte* (art. 158, §2º, del Código Penal brasileño). La extorsión consiste en constreñir alguien, mediante violencia o grave amenaza, y con intención de obtener para sí o para otro indebida ventaja económica, al hacer, tolerar que se haga o dejar de hacer alguna coisa (art. 158, del Código Penal). Pero, solamente la extorsión cualificada por la muerte de la persona violentada constituye modalidad horrenda, teniendo como pena reclusión de veinte a treinta años, además de la multa (art. 158, §2º, del Código Penal);

D) *extorsión mediante secuestro y en la forma cualificada*. El art. 159 del Código Penal brasileña define la extorsión mediante secuestro en los siguientes términos: “seqüestrar pessoa com o fim de obter para si ou para outrem, qualquer

⁸⁹⁹ CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal...**, 1977, p. 233-234.

⁹⁰⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Especial..., p. 352.

⁹⁰¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1998. v. 2, p. 241.

vantagem, como condição ou preço do resgate. Pena: reclusão, de oito a quinze anos”. Sin embargo, si el secuestro dura más de veinte y cuatro horas, si el secuestrado es menor de dieciocho años o mayor de sesenta, o si el delito es cometido por bando o cuadrilla la pena pasa a ser de reclusión de doce a veinte años (art. 159, §1º, del Código Penal). Ahora, si del hecho resulta lesión corporal de naturaleza grave se tiene la sanción de reclusión con márgenes de dieciséis a veinte y cuatro años (art. 159, §2º, del Código Penal); se seguido de muerte, reclusión de veinte y cuatro a treinta años (art. 159, §3º, del Código Penal). En todas esas modalidades delictivas se aplican las consecuencias penales y procesales mas drásticas de la Ley de los Crímenes Horrendos.

E) *violación*. El art. 213, del Código Penal brasileño, conceptúa la violación como “*constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena: reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos*”. A su vez el art. 223, del Código Penal, prevé las formas cualificadas de la violación, cuando de la violencia resulta lesión corporal de naturaleza grave la pena es de reclusión de ocho a doce años, sin embargo, se del hecho resulta la muerte, tenemos reclusión de doce a veinte y cinco años;

F) atentado violento al pudor. El art. 214, del Código Penal brasileño, define mencionado delito como “*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena: reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos*”. Las formas cualificadas del art. 223, del Código Penal, también inciden en el presente delito de naturaleza sexual.

Hay dudas en la doctrina acerca de si los dos delitos contra la libertad sexual presente en la Ley 8072/90, violación y atentado violento al pudor, serían horrendos en todas sus especies (simple con violencia real o grave amenaza, simple con violencia presunta y cualificada) o solamente cuando ocurren las hipótesis preterdolosos que los cualifican, o sea, cuando resulta lesión corporal de naturaleza grave o muerte, situaciones descritas en el art. 223, del Código Penal.

Tal debate se debe a la circunstancia del legislador brasileño no tener utilizado una forma redaccional muy precisa en la caracterización de esos crímenes en sus rasgos horrendos. El art. 1º, V, de la Ley 8072/90, estableció que es horrendo

el delito de “estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único)”. A su vez, el mismo art. 1º, VI, acogiendo semejante estilo gramatical, enuncia que igualmente se clasifica como horrendo el delito de “atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único)”.

Véase que, despues de indicar los tipos básicos en que esos delitos están previstos en el Código Penal, respectivamente art. 213 y art. 214, el legislador añadió la expresión “y su combinación con el art. 223, caput y párrafo único”. ¿Quiso así, al incorporar la cojunción copulativa “y”, entender como horrendos esos delitos sexuales solamente cuando de ellos procedan lesión corporal grave o la muerte de la víctima? ¿O, en verdad, se debe suponer que con la partícula “y” se quiso significar que tanto las formas simples como las cualificadas son horrendas?

Sobre el tema se posiciona Luiz Augusto Coutinho, afirmando que “tais crimes só são hediondos na sua forma qualificada, ou seja, quando deles resultam lesões corporais de natureza grave ou morte da vítima”.⁹⁰²

En esa línea ya se posicionó el Supremo Tribunal Federal, cuando proferió decisión, teniendo por Relator el Ministro Néri da Silveira, en el sentido de que

para que o atentado violento ao pudor possa ser classificado como crime hediondo, nos termos da Lei 8072/90, é necessário que do fato resulte lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 214 combinado com o art. 223, caput e parágrafo único. Ordem concedida).⁹⁰³

Mostrando su indignación con relación a tal postura del Supremo Tribunal federal, subraya Maria Berenice Dias que, dicha orientación, “além de flagrantemente contrária à lei, revela nítido caráter sexista, pois deixa de atender que

⁹⁰² COUTINHO, Luiz Augusto. Estupro simples: Crime hediondo ou hedionda aplicação da lei? **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano III, n. 15, p. 18, 2002.

⁹⁰³ HC 78305/MG, 08/06/1999, in Informativo do STF n. 152.

*a hediondez do estupro está na sua prática e não nas seqüelas de ordem física que possa ter provocado na vítima”.*⁹⁰⁴

Mencionada decisión del Supremo Tribunal Federal meció la concepción, entonces dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, en el sentido de abarcar en la categoría de horriblos todas las formas de violación y atentado violento al pudor.

Tan grande fue la repercusión generada que el Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul, por intermedio del Relator Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo, llegó a admitir que el cambio de rumbo de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal en la interpretación de la materia, permitiría la retroacción “*in bonam partem*”, como se observa en el siguiente juzgado:

Na alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em benefício do jurisdicionado, é impositivo o deferimento de revisão criminal, atribuído efeito retroativo à modificação jurisprudencial, quer pela exigência pura e simples de aplicação da lei federal, quer por respeito ao princípio da igualdade de todos perante a lei. Mudança de jurisprudência sobre o crime de estupro e a lei dos crimes hediondos. Exclusão do tipo básico do estupro (art. 213 do CP). Reconhecimento do direito a ser tratado em igualdade de condições. Revisão deferida.⁹⁰⁵

En otro ítem ya nos manifestamos favorables a la retroactividad de la jurisprudencia más benigna, no cuando ella representa una simple variación de concepción judicial del tema, pero sí cuando se manifiesta como un cambio de rumbo en el sentido de que se quiere dar a la ley. Entendemos que en tal aspecto no se afecta la base del principio de legalidad, se debiendo solicitar la aplicación de la nueva visión pretoriana, sea por intermedio del *habeas corpus*, o sea con la utilización del instrumento de la revisión criminal (arts. 621-631, del Código del Proceso Penal), tal como ocurrió en el caso ya mencionado. De esa forma, se estaría respetando la regla de que la igualdad ante a ley, implica también, la

⁹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. Estupro: um crime duplamente hediondo. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, Ano II, n. 11, p. 52, 2002.

⁹⁰⁵ Revisão Criminal n. 70.002052959, 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 22/06/01.

isonomía en el instante de la aplicación judicial de la norma, proporcionando un igual tratamiento punitivo a los reos que se encuentran en situaciones fácticas idénticas.

El Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo al fundamentar su voto destacó que

sabemos que a proibição de retroatividade da lei penal, na Constituição Federal, só opera in bonam partem. A inovação legislativa, em benefício do réu, naturalmente retroage. Mutatis mutandis, se o sentido da lei, tal como definido nas instâncias constitucionalmente competentes para a interpretação, é aperfeiçoado, e da nova leitura jurisprudencial resulta benefício aos réus ou condenados, revela-se impositiva a revisão dos julgados. Não vemos como manter a situação de injustiça que impera nos presídios, onde alguns réus condenados por estupro ou atentado violento ao pudor, sem qualificação, têm direito a regime progressivo, e outros se vêem confinados, sem qualquer esperança de escapar ao regime inteiramente fechado. E, do mesmo modo, entendemos desnecessária a exigência de súmula, eis que a aplicação retroativa de jurisprudência benigna, nova, não decorre de efeitos vinculativos da decisão superior, mas – como insistentemente aqui se sustentou – de respeito, sobretudo, aos princípios da isonomia e da legalidade.⁹⁰⁶

Sin embargo el mismo Supremo Tribunal Federal, posteriormente analizando referida temática, presentó posicionamiento completamente antagónico al anteriormente contraído, como se puede percibir en esta decisión del Ministro Celso de Mello:

os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo, sendo irrelevante – para efeito de incidência das restrições fundadas na CF (art. 5º, XLIII) e na Lei 8072/90 (art. 2º) – que a prática de qualquer desses ilícitos penais tenha causado, ou não, lesões corporais de natureza grave ou morte, que traduzem, nesse contexto, resultados qualificadores do tipo penal, não constituindo, por isso mesmo, elementos essenciais e necessários ao reconhecimento do caráter hediondo de tais infrações delituosas.⁹⁰⁷

Tal posición se hizo más sólida a partir de la decisión del Pleno del Supremo Tribunal Federal, de 18 de diciembre de 2001, cuando afirmó el entendimiento de

⁹⁰⁶ AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Jurisprudência. **Revista Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, n. 3, p. 131, 2001.

⁹⁰⁷ HC 81.317-8/SC, 2ª Turma do STF, DJU 08/03/2002.

que “o estupro e o atentado violento ao pudor, seja na forma simples ou básica, quanto na forma qualificada, são crimes hediondos”.⁹⁰⁸

De esa forma, somos llevados a concebir que esa nueva dirección jurisprudencial más enérgica no debe tener efectos retroactivos, de acuerdo con los argumentos que ya fueros expuestos en el capítulo anterior.

Por fin, en relación al tema, somos partidarios de que, ante a la ausencia de precisión legal en la definición como horrendos de los delitos de violación y atentado violento al pudor, el intérprete deba se inclinar por una hermenéutica restrictiva de los mencionados dispositivos, o sea, concebir como insertados en esa categoría solamente aquellos ilícitos sexuales de que resultaren las formas cualificadas. Con eso, no estamos diciendo que referidos delitos cuando emprendidos sin haberen provocados tales resultados más drásticos no sean repugnantes y de resultados extremadamente perversos. Solamente entendemos que en el Derecho Penal hay una serie de garantías que necesariamente deben ser preservadas y uno de esos postulados es el de que los tipos incriminadores no deben ser interpretados de forma ampliativa, en obediencia a los imperativos de la necesaria certidumbre y legalidad que deben sobrepasar en la órbita penal.

Diferente es la opinión, por ejemplo, de João José Leal que afirma que

embora a redação dos incisos em exame não seja gramaticalmente perfeita, é preciso reconhecer que o sentido do direito ali contido indica que tanto as formas básicas quanto as qualificadas do estupro e do atentado violento ao pudor são crimes hediondos. Se a intenção do legislador fosse a de excluir a forma simples do rol dos crimes hediondos, teria se reportado unicamente à forma qualificada, referindo-se ao estupro e ao atentado violento ao pudor praticados com lesão corporal grave ou morte da vítima e, em seguida, indicado os respectivos dispositivos do CP, como o fez em todo o texto do art. 1º da LCH. No entanto, tendo sido utilizada a conjunção aditiva e, outro não pode ser o sentido do direito, por mais grave que seja seu resultado hermenêutico: as duas formas típicas destas infrações hediondas – a simples e a qualificada – estão enquadradas na categoria penal de crime hediondo.⁹⁰⁹

⁹⁰⁸ STF - HC 81.188/SC.

⁹⁰⁹ LEAL, João José. Estupro e atentado violento ao pudor como crimes hediondos: desencontro entre a hermenêutica doutrinária e a jurisprudencial. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 11, n. 135, 2004. p. 9.

G) *epidemia con resultado muerte* (art. 267, §1º, del Código Penal brasileño). El delito consiste en causar epidemia, mediante la propagación de gérmenes patógenos y tiene como pena, reclusión de diez a quince años, siendo que tal hecho sólo será horrendo si resultar muerte, cuando la reprimenda será aplicada en doble (art. 267, §1º, del Código Penal);

H) *falsificación, corrupción, adulteración o alteración de producto destinado a fines terapéuticos o medicinales* (art. 273, *caput* y §1º, §1º-A y §1º-B, del Código Penal brasileño, con redacción dada por la Ley 9677/98). La pena prevista para esos hechos es reclusión de diez a cinco años. Referidos comportamientos ilícitos pasaron a la categoría de horrendos con la reprobación de la Ley 9695/98.

I) *delito de genocidio* previsto en los arts. 1º, 2º e 3º de la Ley n. 2889/56. El genocidio constituye una especie de crimen contra la humanidad, siendo considerado un delito internacional por la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, aprobada por la ONU, a través de la Resolución 260 (III), de 9 de diciembre de 1948. El art. 1º de esa Convención establece que el “*las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar*”.

El término genocidio fue creado por Rafael Lemkin, que definió como “un conjunto de atos diversos, mas coordinados entre si, praticados em cumprimento a um plano previamente estabelecido, visando a destruição, o aniquilamento, ou a redução à condição de escravidão ou servidão, de determinado grupo nacional”.⁹¹⁰

El origen del vocablo es controvertido. Algunos creen que deriva de la palabra griega “*genos*” (raza, nación, tribu) y del sufijo latino “*cidio*” (matar). Otros entienden que la etimología es latina en los dos componentes: “*genus*” (raza, pueblo) y “*excidium*” (destrucción, ruína). Francisco P. Laplaza presenta como forma más

⁹¹⁰ LEMKIN, Rafael apud LEAL, João José. **Crimes Hediondos**. Aspectos Político-jurídicos da Lei 8072/90. São Paulo: Atlas, 1996. p. 89.

adecuada el término *genticídio*, que deriva de “*gens*” (raza, pueblo) y de su genitivo “*gentis*”.⁹¹¹

Brasil fue uno de los signatarios de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio de 1948, ratificándola en el 15 de abril de 1952, promulgado a través del Decreto 30.822, de 6 de mayo de 1952, y que, por fuerza de su art. 5º, editó la Ley 2889, promulgada en 1º de octubre de 1956, que tipifica y castiga el crimen de genocidio en Brasil.

El art. 1º de la Ley 2889/56 define el crimen de genocidio en los siguientes términos:

quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Por fin, cabe destacar que la Ley 8930/94 añadió dos sustanciales alteraciones, sobre el elenco de los crímenes horribles previstos inicialmente por la Ley 8072/90. La primera constituye en la inclusión, en ese elenco, del homicidio simple, cuando se cometa como actividad típica de grupo de extermio, aunque se ejecute por un solo agente, y el homicidio cualificado. Evidentemente que en consecuencia del principio constitucional de la irretroactividad de la ley penal más severa (“*lex gravior*”), catalogado en el art. 5º, inciso XL, de la Constitución Federal brasileña, a los homicidios cometidos antes de la reprobación de la Ley 8930/94 no se aplica la ley de los crímenes horribles, así como cualquiera de sus consecuencias más drásticas. Es el entendimiento del Superior Tribunal de Justicia, en el sentido de que “*se a lei dos crimes hediondos é um posterius em relação ao*

⁹¹¹ LAPLAZA, Francisco P. El delito de genocidio o genticidio. Buenos Aires: Arayú, 1953, p. 45, *apud* MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos...**, p. 79.

ato (homicídio), não pode ser aplicada, sob pena de violação do princípio da anterioridade da lei penal".⁹¹²

La segunda alteración nuclear proporcionada por esa ley, fue el hecho de haber retirado del elenco de los delitos horrendos la conducta de envenenamiento de agua potable o de sustancia alimenticia cuando resultase muerte (art. 270, combinado con el art. 285, del Código Penal). Se observa que no ocurrió la descriminalización de esas conductas, pues siguen ellas tipificadas en el Código Penal, pero ahora sin las consecuencias más severas de naturaleza penal y procesal propuestas en la Ley 8072/90. En verdad, ante a tales hechos, la Ley 8930/94, representa una "*novatio legis in melius*", se debiendo utilizar el dispuesto en el art. 2º, párrafo único, del Código Penal, que dice "*a lei posterior que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*".

Otra modificación que sufrió la Ley 8072/90, conforme ya destacamos, ocurrió con el surgimiento de la Ley 9695/98, que añadió a la categoría de crímenes horrendos la *falsificación, corrupción, adulteración o alteración de producto destinado a fines terapéuticos o medicinales*

15.3.2 Infracciones Penales Asemajadas a los Crímenes Horrendos

La Ley 8072/90 no trata solamente de los crímenes horrendos, sino que también disciplina los delitos de tortura, tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines y el terrorismo, que a pesar de no estaren cualificados como horrendos, son considerados, por la propia Constitución Federal brasileña, como asemajados o equiparados a ellos, recibiendo un tratamiento similar, en los términos del art. 5º, XLIII.

⁹¹² STJ, 5a. T. - HC n. 4179/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, Diário da Justiça, Seção I, 15 de abril de 1996, p. 115.527.

Por lo tanto, también para esos ilícitos debemos aplicar las reglas penales y procesales previstas en la Ley 8072/90, en los términos del art. 2º, que enuncia:

os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I- anistia, graça e indulto; II- fiança e liberdade provisória. §1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. §2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. §3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei 7960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

15.3.2.1 Tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines

En Brasil, *el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines* está regulado, mientras, en la Ley 6368/76 (Ley de Tóxicos), pero solamente los tipos penales previstos en los arts. 12, 13 y 14 de la referida ley son considerados asemejados a los horrendos.

El art. 12 está así redactado:

Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena: reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I- importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II- semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica

§2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I- induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II- utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

III- contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

El art. 13 dispone:

Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Y el art. 14 enuncia:

Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 desta Lei: Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Pero, conforme ya registrado en el transcurrir de éste estudio, cuando estabamos desarrollando el presente texto, fue publicada, en el 23 de agosto de 2006, la nueva Ley de Tóxicos, Ley 11.343, teniendo, su art. 74, fijado periodo de “*vacacio legis*” de cuarenta y cinco días. El art. 75, a su vez, determina que sean revocadas la mencionada Ley 6368/76, bien como la Ley 10.409/02, que reglamentaba la parte procesal de los delitos involucrando sustancias estupefacientes

Con eso, el tráfico ilícito de drogas pasó a ser regulado en la Ley 11.343/06, de la siguiente forma:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena- reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I- importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II- semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III- utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena- detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena- reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º e 34 desta Lei:

Pena- reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único- Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena- reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena- reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Hay una controversia doctrinal acerca del entendimiento preciso de lo que viene a ser estupefaciente. Vicente Greco Filho, comentando la Ley de Tóxicos brasileña, presenta como definición más adecuada la elaboración conceptual propuesta por Di Mattei en los siguientes términos:

entorpecentes são venenos que agem efetivamente sobre o córtex cerebral, suscetíveis de promover agradável ebbriedade, de serem ingeridos em doses crescentes sem determinar envenenamento agudo ou morte, mas capazes de gerar estado de necessidade tóxica, graves e perigosos distúrbios de abstinência, alterações somáticas e psíquicas profundas e progressivas.⁹¹³

La Ley 6368/76, siguiendo recomendación de la Organización Mundial de la Salud, utiliza la expresión “*substância entorpecente que determina dependência física ou psíquica*”, abarcando todas las drogas que causan cualesquieres estados psicóticos y dependencia, sea física o psíquica. A su vez, la nueva Ley de Tóxicos (Ley 11.343/06), la denominación empleada fue drogas, que de acuerdo con el art. 1º, párrafo único, representan “*as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União*”.

No sería posible enumerar todos los tipos de drogas insertadas en esa concepción en la ley penal, pues, si así procedemos, ese elenco, que en algun determinado momento pudiese estar completo, luego estaría desactualizado, debido a los avances técnico-científicos en los hallazgos de nuevos elementos químicos. De modo que tales sustancias no están enumeradas en la Ley de Tóxicos, pero periódicamente normas administrativas oriundas del Poder Ejecutivo, en especial del Ministerio de la Salud, discriminan los elementos para tales finalidades. De ese modo, esas normas administrativas son complementos de las normas penales en blanco, de naturaleza incriminadora, previstas en la Ley 6368/76 y en la nueva Ley 11.343/06, ésta en la inminencia de entrar en vigencia.

En verdad, la legislación penal brasileña no presenta ningún tipo penal con el “*nomen juris*” tráfico ilícito de estupefacientes. Pero parece no haber dudas de que en los dispositivos legales mencionados aquí, de la Ley 6368/76 y de la Ley 11.343/06 tenemos hipótesis configuradoras de esa modalidad, en relación a las cuales deben incidir las reglas de la Ley 8072/90. Pero, ni todas las conductas descritas en los referidos tipos penales incriminadores se encuadran en la categorías

⁹¹³ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção e repressão - Comentários à Lei 6368/76. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 3-4.

del “tráfico ilícito de estupefacientes”, como, por ejemplo, la de un agente que, sin cometer actos de comercio, proporciona gratuitamente una pequeña cantidad de un determinado tóxico a un amigo, situación que está tipificada en el art. 12 de la Ley 6368/76 y en el art. 33, *caput* o § 3º, de la Ley 11.343/06, dispositivos sometidos, casi absolutamente, a las consecuencias jurídicas más enérgicas de la Ley de Crímenes Horrendos. Hipótesis similar de variedad tipológica correspondiente al delito de tráfico de drogas se encuentra también en el actual Derecho Penal español, ponderando Concepción Carmona Salgado que

de la lectura del art. 368 CP se desprende, al igual que bajo la antigua normativa, una exagerada ampliación del ámbito de lo punible respecto a la determinación de la conducta típica, que introdujo ya en su momento la reforma de 1988 frente a la regulación existente en 1983. En este sentido, se castiga cualquier clase de comportamiento que esté vinculado a la contribución al consumo, por leve que sea. Así, por ejemplo, actividades tales como la *donación* (STS de 16 de marzo de 1995) o la *invitación* al mismo resultan perfectamente típicas, sin necesidad de tener que reconducirlas al concepto de tráfico en sentido estricto.⁹¹⁴

El profesor Miguel Reale Júnior, analizando esa situación a la luz de la Ley de Tóxicos de 1976, dice, con claridad, que

as hipóteses contidas na Lei 8072/90, por atingirem e restringirem direitos fundamentais e a liberdade pública, devem ser interpretadas restritivamente. Dessa forma, não contemplando a Lei 6368/76 a expressão tráfico ilícito, não são todas as situações previstas no art. 12 que podem merecer a dureza da Lei dos Crimes Hediondos, uma vez que tráfico, etimologicamente, significa apenas comércio clandestino.⁹¹⁵

Ya Júlio Fabbrini Mirabete sostiene que los crímenes descritos en el art. 13 de la Ley 6368/76 (conductas que serán sancionadas brevemente por el art. 34, de la Ley 11.343/06), no están abarcados por la Ley 8072/90 porque tienen “*por objeto material, maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à*

⁹¹⁴ CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel; GONZÁLES RUS, Juan José; et al. **Compendio de Derecho Penal Español**..., p. 687.

⁹¹⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Crimes Hediondos e Uso de Drogas. In: **Direito Penal Aplicado 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 32.

fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física e psíquica, e não ela própria".⁹¹⁶ No obstante, nada impide que se utilicen instrumentos para el procesamiento de la cocaína o que se prepare cualquier sustancia estupefaciente en un laboratorio con la finalidad de tráfico, situaciones que se encuentran tipificadas en el actual art. 13, de la Ley 6368/76 y que, en el futuro muy próximo, estarán abarcadas por el art. 34, de la Ley 11.343/06, siendo, de esa forma, perfectamente encuadrables en los efectos de la Ley de Crímenes Horrendos.

A su vez, Sérgio Salomão Shecaira y Pedro Luiz Bueno de Andrade, analizando el tema ya bajo el prisma de la Ley 11.343/06, alertan que

não se tendo o *nomen juris tráfico* na rubrica lateral do art. 33 do novo diploma de drogas, e sabendo-se que algumas das condutas descritas no artigo claramente não carregam o ônus do gravame atribuído ao tráfico pela Constituição Federal e pela Lei de Crimes Hediondos, deve-se examinar, caso a caso, quais verbos do tipo proibitivo se subsumem à idéia da mercancia fraudulenta, do comércio, com intermediação por alguém para que o destinatário final da droga possa adquiri-la mediante contraprestação pecuniária.⁹¹⁷

En lo que tiene que ver con el art. 14 de la Ley 6368/76 se ha defendido la idea de que estaría revocado por el art. 8º, de la Ley 8072/90, que estipuló la hipótesis de la formación de cuadrilla o bando, delito ya tipificado en el art. 288, del Código Penal, con la finalidad de cometer crímenes horrendos, tortura, tráfico ilícito de estupefascientes y terrorismo, previendo con pena reclusión de tres a seis años. Para la caracterización de la cuadrilla o bando hay la necesidad de la asociación de más de tres personas para el fin de cometer delitos, conforme la definición legal propuesta en el art. 288, del Código Penal.

Analizando el tema, subraya Francisco de Assis Toledo que,

⁹¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Crimes Hediondos: Aplicação e Imperfeições da Lei. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 663, p. 271, 1991.

⁹¹⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. A Lei de Drogas e o Crime de Tráfico. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 15, n. 177, São Paulo, 2007. p. 2.

embora se trate de matéria polêmica, penso que o art. 8º da lei de crimes hediondos não deixa dúvidas sobre a aplicação do Código Penal (art. 288) à quadrilha ou bando, em tráfico de entorpecentes, o que também parece ter ocorrido por descuido, por se referir apenas ao tráfico e não a outras modalidades assemelhadas. Com isso, parece-nos também revogado, por incompatibilidade, o art. 14 da lei de tóxicos (Lei 6.368/76). E assim é porque não terá sentido punir-se a associação de duas pessoas com a pena de 3 a 10 anos de reclusão e multa, mas punir com pena menor, de 3 a 6 anos, o bando ou a quadrilha de 4 ou mais pessoas, para o fim de tráfico.⁹¹⁸

En otro sentido, Damásio de Jesus sostiene que

o art. 14 não teve a redação típica revogada pelo art. 8º, tanto que o art. 10 da Lei n. 8.072 acrescentou um parágrafo único ao art. 35 da Lei de Tóxicos, com a seguinte redação: “Os prazos procedimentais deste Capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes dos arts. 12, 13 e 14” (grifo nosso). Como se vê, manteve-se o art. 14. Logo, não foi revogado, mas derogado. E, se está em vigor, só pode impor a pena prevista no art. 8º, caput, da Lei n. 8.072: reclusão, de três a seis anos, inferior à prevista no antigo preceito secundário do art. 14 (reclusão, de 3 a 10 anos). A norma por ser mais benéfica que a anterior, tem efeito retroativo.⁹¹⁹

Véase que al se seguir esa última propuesta de conciliación sistemática y armonización de los dispositivos el juzgador estaría haciendo una combinación de leyes perfectamente legítima, o sea, aprovechando el precepto primario del art. 14, de la Ley 6368/76, que exige la asociación de dos o mas personas con el objetivo de cometer el tráfico ilícito de estupefascientes, y la parte referente a la sanción del art. 8º, de la Ley 8072/90, con pena de reclusión de tres a seis años de reclusión. Conforme ya hemos visto, la formación de una “*lex tertia*” se admite desde que el resultado final sea para beneficiar el agente infractor, lo que ocurre en la presente hipótesis, pues que la sanción aplicada es más branda que aquella consecuyente de la aplicación integral del art. 14, de la Ley 6368/76.

Para incrementar las discusiones doctrinales, se debe señalar que la nueva Ley de Tóxicos (Ley 11.343/06), pasará, a continuación, a disciplinar el ítem ahora analizado en el art. 35, con la siguiente redacción:

⁹¹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes Hediondos. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, Ano 5, v. 5, n. 2, p. 63, 1992.

⁹¹⁹ JESUS, Damásio E. de. **Lei Antitóxicos Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 61.

associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena- reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

15.3.2.2 Terrorismo

Sobre el *terrorismo* podemos decir que su práctica es tan antigua como el propio Derecho Penal, pero su nomenclatura sólo adquirió notoriedad político-jurídica a finales del siglo XVIII con la Revolución Francesa, durante el gobierno de la llamada dictadura de la Convención, en la que se consideraban como terroristas a los enemigos del Poder. Ya el jurista francés Georges Llavasseur comenta que el término terrorismo nació jurídicamente en la Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, realizada en Bruselas en 1930, cuando fue definido como siendo “o emprego intencional e sistemático de meios capazes de provocar o terror junto aos detentores do poder, ao próprio governo ou, mesmo simplesmente, a uma administração pública e até dirigentes empresariais”.⁹²⁰

Más tarde, la práctica del terrorismo fue objeto de dos Convenciones internacionales, celebradas en Ginebra en el año 1937, teniendo la primera como resultado concreto la definición de conductas configuradoras del terrorismo, y la segunda la previsión de crear un Tribunal Penal Internacional para juzgar a los delincuentes terroristas. João José Leal destaca que “essas duas Convenções representam a resposta de pouco mais de vinte nações ao atentado terrorista ocorrido em Marselha, em 1934, do qual resultaram as mortes do Rei Alexandre I, da Iugoslávia, e de Luis Barthou, ministro das relações exteriores da França”.⁹²¹ Los autores de las Convenciones entendieron que los actos terroristas sólo podrían ser cometidos contra el Estado, con vistas a la perturbación del orden democrático y la quiebra de gobiernos legítimamente constituidos, dejando de lado el terrorismo que

⁹²⁰ LAVASSEUR, Georges apud LEAL, João José. **Crimes Hediondos...**, p. 38.

⁹²¹ LEAL, João José. **Crimes Hediondos...**, p. 38.

es cometido por el propio Estado, a través de gobiernos que detentan el poder de forma ilegítima.

En el Derecho Penal español, los delitos de terrorismo vienen regulados con nomen iuris propio en los arts. 571 a 580 del Código Penal de 1995. Dichos preceptos se caracterizan por suponer una notable agravación punitiva por la comisión de una serie de delitos (asesinatos, lesiones, secuestros, estragos, incendios, etc.), siempre que vayan dirigidos a subvertir el orden constitucional o a alterar gravemente la paz pública, y que se realicen por personas que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Tal y como establece Miguel Ángel Cano Paños en una minuciosa obra publicada en Alemania en el pasado año 2007, desde un punto de vista dogmático-penal, y a partir de lo previsto en los arts. 571 a 580 del Código Penal, mencionados *supra*, puede deducirse que el terrorismo se caracteriza en la legislación penal española por requerir la presencia de dos elementos: 1. Un elemento estructural o de organización (exigencia de que la conducta se lleve a cabo por personas que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas); 2. Un elemento teleológico (finalidad específica de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública).⁹²²

Existe una discusión doctrinal acerca de la existencia o no de ese tipo penal en la legislación brasileña. Alexandre de Moraes y Gianpaolo Poggio Smanio, al igual que Antônio Scarance Fernandes⁹²³ entienden tener tipificado el delito de terrorismo en el art. 20 de la Ley de Seguridad Nacional (Ley 7170/83) en los siguientes términos:

devastar, saquear, extorquir, roubar, saquear, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos

⁹²² CANO PAÑOS, Miguel Ángel. **Die strafrechtliche Behandlung des Terrorismus im spanischen Strafgesetzbuch von 1995**. Frankfurt am Main: Polizei&Wissenschaft, 2007, p. 25.

⁹²³ FERNANDES, Antônio Scarance. Considerações sobre a Lei 8072/90 - Crimes Hediondos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 660, p. 261, 1990.

destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena- reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos. Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

De esa forma, en la concepción de los mencionados autores, referidas conductas ilícitas atinentes a los actos de terrorismo estarían sujetas a las consecuencias jurídicas previstas en la Ley 8072/90.

A nuestro entender, estamos ante una verdadera cláusula abierta, totalmente indeterminada, pues no se sabe exactamente lo que viene a significar “actos de terrorismo”, presentándose de esa forma como un elemento extremadamente vago y elástico, afectando directamente al principio de legalidad en su rasgo de taxatividad de los comportamientos ilícitos.

Con un posicionamiento opuesto, Alberto Silva Franco advierte que no existe tipo penal incriminando el terrorismo y, consecuentemente, la Ley 8072/90, en ese concreto aspecto, es inoperante. Advierte aún que *“a falta de um tipo penal que atenda, no momento presente, à denominação especial de “terrorismo” e que, em vez de uma pura “cláusula geral”, exponha os elementos definidores que se abrigam nesse conceito, torna inócua, sob o enfoque de tal crime, a regra do art. 2º, da Lei 8072/90”*.⁹²⁴

Ya Paulo Lúcio Nogueira se posiciona en el sentido de la existencia de la figura del terrorismo en el ordenamiento jurídico-penal brasileño, pues se trata de una norma en abierto que necesita ser completada por el juez en el caso concreto.⁹²⁵

No podemos aceptar la idea propuesta por Paulo Lúcio Nogueira porque la posibilidad del juez de crear una figura delictiva conforme a su entendimiento, en un auténtico albedrío judicial, infringiría el principio de legalidad de los delitos y de las penas previsto en el art. 5º, XXXIX de la Constitución Federal de 1988 y el art. 1º, del Código Penal, así como el postulado de la división de poderes. Hay que considerar que en el Estado Democrático de Derecho no basta el simple respeto

⁹²⁴ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos...**, p. 110.

formal al principio de legalidad, pues tenemos que obedecer también la peculiar técnica legislativa del Derecho Penal, que impide la construcción de tipos incriminadores abiertos y el recurso indiscriminado de las normas penales en blanco, que generan, ciertamente, una exacerbación del poder punitivo estatal. El penalista alemán Hans-Heinrich Jescheck, comentando acerca de la importancia de la técnica legislativa en el Derecho Penal, dice que *“el grado de vinculación del juez a la ley se determina por el grado de exactitud con que la voluntad común consigue expresarse en la ley. De aquí se deduce que la eficacia de la función de garantía de la Ley penal depende esencialmente de la técnica legislativa”*.⁹²⁶ Véase, por lo tanto, que la no observancia de la técnica ocasionará decisiones arbitrarias, generando una inseguridad jurídica, propia del Derecho Penal pre-iluminista y de algunos Estados totalitarios contemporáneos. Refuerza aún Gonzalo Rodríguez Mourullo que

el principio de legalidad impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado. Decisivo para comprobar la vigencia del principio de legalidad, no es el reconocimiento formal del mismo en uno o varios preceptos de carácter general, sino la forma en que aparecen configurados los distintos tipos de delito en particular. Si en éstos se introducen cláusulas vagas y omnicomprensivas, el reconocimiento formal del principio de legalidad queda reducido a pura afirmación farisaica. Se proclama de palabra, pero de hecho se conculca.⁹²⁷

Señala más adelante Mourullo que

el legislador penal no deberá hacer uso de la técnica del reenvío, remitiendo, en definitiva, a la decisión del Poder judicial o del Poder ejecutivo los límites de lo punible. En caso contrario, se vulnera la reserva de ley que el principio *nullum crimen, nulla poena entraña*, y se quebranta el principio de la división de poderes, clave del Estado de Derecho.⁹²⁸

⁹²⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Dos Crimes Hediondos. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**, São Paulo, n. 128, p. 27-28, 1991.

⁹²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal...**, p. 173.

⁹²⁷ MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. **Derecho Penal...**, p. 61.

⁹²⁸ Idem, ibidem.

De esa forma, conviene que nuestro legislador, de una vez por todas, ponga fin a esta indefinición, aclarando con precisión el tipo penal caracterizador del delito de terrorismo.

15.3.2.3 Tortura

Sobre la *tortura*, la Constitución Federal de 1988, en el Título que trata de los derechos y garantías fundamentales estipula en el art. 5º, III que "*ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*". A su vez en el art. 5º, XLIII, menciona que la práctica de la tortura es un delito sin fianza e insusceptible de gracia o amnistía y en el también art. 5º, XLVII, "e", dice que no habrá penas crueles. Ya señalamos que el art. 5º, XLIII, de la CF, constituye una norma constitucional de eficacia limitada, pues exige una actuación del legislador infraconstitucional para que tenga efectos.

Para la definición, por lo tanto, del delito de tortura, se hizo necesaria la elaboración de una ley ordinaria, de competencia de la Unión, tipificando las modalidades de la práctica de la tortura. Solamente en 07/04/97, con la reprobación de la Ley 9455, es que tuvimos, por fin, la previsión jurídica precisa de las clases de tortura en Brasil.

Una controversia doctrinal y jurisprudencial que ocurrió, fue en la existencia o no de un tipo penal configurador de la tortura, antes de la publicación de la Ley 9455/97. La discusión se centraba en el dispuesto en el art. 233, del Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley 8069/90) que preveía la siguiente conducta:

submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, à tortura. Pena: reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos. §1º Se resultar lesão grave. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos. §2º Se resultar lesão corporal gravíssima. Pena: reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. §3º Se resulta morte. Pena: reclusão, de 15 (quinze) a 30 (trinta) anos.

El Supremo Tribunal Federal decidió por mayoría de votos (6x5), que existía ley tipificando la práctica de la tortura, cuando ejecutada contra niño o adolescente,

al analizar la constitucionalidad del art. 233 del Estatuto del Niño y del Adolescente.⁹²⁹

En un escrito publicado en la Revista Brasileña de Ciencias Criminales, el Ministro del Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Mello se posicionó en sentido contrario argumentando que

a simples menção à tortura, sem que se defina o comportamento suficiente a configurá-la, deixa ao sabor da capacidade até mesmo intuitiva daquele que exerce o ofício judicante o alcance da norma penal, a conclusão sobre a prática, ou não, do crime ao qual o contexto jurídico-constitucional impõe conseqüências das mais gravosas, como são o afastamento da graça, do indulto e da anistia, da fiança, o elastecimento da prisão temporária e o cumprimento da pena, na sua integralidade, no regime fechado. A insegurança grassará e, o que é pior, o julgamento das ações penais correrá à conta da formação do julgador. Como redigido o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, reclama-se postura do magistrado que contraria a máxima gizada por Nelson Hungria em Comentários ao Código Penal, Forense, RJ, 1958, 1/86, t.1, consoante a qual “a lei deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu e extensivamente no caso contrário”. O juiz partirá para o campo da interpretação extensiva, definindo ele próprio o que se entende como crime de tortura e assumindo, com isso, a posição reservada ao legislador.⁹³⁰

Esa controversia acabó siendo solucionada con la entrada en efectiva vigencia de la Ley 9455/97 que definió taxativamente las modalidades de la tortura en su art. 1º y, expresamente, en su art. 4º, revocó el art. 233 del Estatuto del Niño y del Adolescente.

El art. 1º de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Resolución n. 39/46, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 10/12/84, define la tortura en los siguientes términos:

todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella

⁹²⁹ STF - Pleno - HC n. 70389-5/SP, Relator Ministro Celso Mello, j. 23/07/1994.

⁹³⁰ MELLO, Marco Aurélio de. Temas de Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminales**, São Paulo, Ano 2, n. 8, p. 93, 1994.

o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Referida Convención fue aprobada en Brasil por el Decreto Legislativo n. 4, de 23 del mayo de 1989 y promulgada por el Decreto Presidencial n. 40, de 15 de febrero de 1991.

Resalta Paulo Juricic que

tal dispositivo consubstancia o entendimiento em nível internacional de que a tortura praticada no Estado por funcionários civis, policiais ou militares, em razão de suas atrocidades, deve ser reprimida por leis nacionais de forma rigorosa. Além disso, entende-se que a prática da tortura por agentes do Estado ultraja a moral universal e que a repressão a tais atos hediondos está consolidada hoje, em princípios emergentes do Direito Internacional.⁹³¹

Cabe destacar, también, que la temática de la tortura hizo parte también de la pauta de discusiones da la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), la Convención Interamericana para Prevenir y Punir la Tortura de 1985 y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, figurando Brasil, igualmente, en las tres ocasiones, como uno de los signatarios.

Observa José Geraldo da Silva que

o Brasil levou quase 50 anos para tipificar a conduta criminosa da prática da tortura, desde que se tornou signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Cumpre ressaltar que a Lei de Tortura somente surgiu após o episódio de Diadema, da Favela Naval, onde todo o Brasil pode assistir a cenas de tortura perpetrada por policiais militares contra civis.⁹³²

⁹³¹ JURICIC, Paulo. **Crime de Tortura**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 70.

⁹³² SILVA, José Geraldo da. **A Lei de Tortura Interpretada**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 18-19.

Pues Brasil, teniendo ratificado las deliberaciones de esas Convenciones finalmente definió criminalmente las prácticas de tortura en el art. 1º, de la Ley 9455/97. Se trata de más una producción legislativa oriunda de las presiones midiáticas generadas de un hecho que provocó una gran repercusión e indignación social. Como destacó José Geraldo da Silva, está ella relacionada a una operación policial arbitraria ocurrida en Diadema, Estado de São Paulo, en que policiales militares desarrollaron actos de tortura que acabaron siendo filmados por un cineasta no profesional que repasó las imágenes del trágico episodio para las cadenas de televisión, generando una gran conmoción y revolta social. Surge, de esa forma, como respuesta a aprobación célere de la Ley 9455/97, cuyo proyecto estaba olvidado en el parlamento brasileño a muchos años.

Se tiene, de esa forma, las siguientes modalidades delictivas pertinentes a la tortura:

I- constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa.

II- submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena- reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

§1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos; se resulta morte, a reclusão é de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos.

§4º Aumenta-se a pena de 1/6 (um sexto) até 1/3 (um terço):

I- se o crime é cometido por agente público;

II- se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;

III- se o crime é cometido mediante seqüestro.

Se percibe, por el expuesto, que la legislación brasileña está aceptando la recomendación de la Organización de las Naciones Unidas que exige, en el art. 4º de la referida Convención contra la Tortura, que

Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Como características especiales de la Ley 9455/97, podemos apuntar la previsión para los agentes públicos que sufrieron condena por la práctica de las conductas ahí tipificadas, además de la submisión a la pena privativa de libertad, la consecuente pérdida del cargo, función o empleo público, bien como la interdicción para su ejercicio por el doble de la pena aplicada (art. 1º, §5º); estipuló, con intención de combatir práctica inadmisibles, pero infelizmente presente en el sistema penal represivo brasileño, del empleo de la tortura en la cosecha de pruebas y en el tratamiento carcelario, una causa especial de aumento de pena (art 1º, §4º); fijó, también, más de una hipótesis de extraterritorialidad de la ley penal, determinando la aplicación de la legislación brasileña aún cuando el delito de tortura no sea cometido en territorio nacional, si la víctima sea brasileña o se encuentra el agente en local de jurisdicción brasileña (art. 2º).

El gran punto criticable de la Ley 9455/90 está en la circunstancia de que las modalidades de tortura ahí previstas pueden ser cometidas por cualquier persona. Así, advierte Francisco de Assis Toledo, *“a tortura, pois, tal como consta de nossa recente lei, é um crime comum, não um crime político ou funcional. O sujeito ativo desse crime pode ser qualquer um, funcionário público ou não”*.⁹³³ El problema es que en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984 y, también, en la Convención Internacional para Prevenir y Punir la Tortura, de 1985, ambas ratificadas por Brasil, hay la exigencia que las formas de tortura sean tipificadas como delitos propios. Pero, se ha sostenido que

las convenciones y los tratados internacionales, que versan sobre derechos humanos y que Brasil se presentó como signatario, aprobando sus directrices, se insertan y funcionan, con base en el dispuesto en el art. 5º, párrafos 1º y 2º, de la Constitución Federal de 1988, como preceptos de orden constitucional. Sobre el tema, se posiciona Silva Franco en el sentido de que

há, por assim dizer, uma integração automática, no direito interno, e em nível constitucional, das normas internacionais que digam respeito aos direitos humanos, dispensada, deste modo, qualquer intermediação legislativa. Ora, a partir dessa interpretação, é evidente que o tipo de tortura, na legislação penal brasileira, não poderia destoar flagrantemente da definição contida nas convenções internacionais já referidas. Destarte, o conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, em grau constitucional.⁹³⁴

Sin embargo, cabe destacar que, con la Enmienda Constitucional Constitucional n. 45, de 8 de diciembre de 2004, fue añadido un párrafo 3º, al art. 5º, da CF, en los siguientes términos: “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”. Como consecuencia, surge la cuestión de si referida norma tendrá o no efecto retroactivo. Para Caio Gracco Pinheiro Dias se excluye del ámbito de abrangencia de esa disposición constitucional los tratados de derechos humanos de los cuales Brasil ya fuera parte antes del surgimiento de ese nuevo reglamento. Según él,

o texto do § 3º fala expressamente em tratados “que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”; na sistemática adotada pelo direito brasileiro, a aprovação do Congresso é um requisito para a formação da vontade do Estado em se obrigar nos termos de um tratado; uma vez que tenha sido expressa essa vontade por meio da ratificação do acordo, não se

⁹³³ TOLEDO, Francisco de Assis. Sobre o crime de tortura na recente Lei 9.455/97. **Justiça Penal**, São Paulo, n. 5, p. 14, 1997.

⁹³⁴ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos...**, p. 115-116.

cogita que o Congresso venha a “aprovar” novamente um texto convencional já aprovado anteriormente.⁹³⁵

Véase, por ejemplo, que diferente fue la opción adoptada por el legislador español, en la elaboración del Código Penal de 1995, que al redactar el art. 174.1, definió la tortura en los siguientes términos:

1- comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años. 2- En las mismas penas incurran, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.

Acerca de la caracterización, en el Derecho español, de la tortura como delito propio, registra Vives Antón que, “esta es, básicamente, la noción con que opera la doctrina dominante a la que ha objetado Del Toro el que considere autores especiales y excluyentes a los funcionarios públicos pues, en su opinión los particulares y, en especial, los extremistas de cualquier signo, pueden también recurrir a la tortura”.⁹³⁶ Analizando el mencionado art. 174, del Código Penal español señala Jesús Barquín Sanz que

las peculiaridades típicas del delito llamado de tortura se encuentran en factores esencialmente subjetivos (la exigencia de determinadas finalidades típicas) y personales-relacionales (que el sujeto activo sea un funcionario con específico deber de garantía con respecto a la integridad moral del

⁹³⁵ DIAS, Caio Gracco Pinheiro. Da omissão à confusão: os problemas da Emenda Constitucional nº 45 no tocante ao processo de incorporação de tratados ao ordenamento jurídico brasileiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 152, p. 2, 2005.

⁹³⁶ VIVES ANTÓN, T.S.; REIG, J. Boix; BERENQUER, E. Orts et al. **Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. Parte Especial, p. 109-110.

sujeto pasivo, sobre quien recaen actos de investigación o bien que está custodiado por el sujeto activo).⁹³⁷

Refuerza Bernardo del Rosal Blasco que el delito de tortura en el Derecho Penal español se configura como delito especial, siendo que, pondera,

no lo podrá cometer cualquier autoridad o funcionario público, sino sólo aquellos que, por razón de las funciones que desempeñan o deben desempeñar, tengan encomendadas tareas de investigación judicial o policial o la custodia de detenidos, presos o sometidos a medidas cautelares o correctivas personales.⁹³⁸

Otra objeción a ser destacada en la Ley 9455/97, tiene que ver con la redacción imprecisa del art. 1º, I, “c”, considerando que parece evidente que el verbo nuclear del tipo penal, o sea “constreñir”, representa forzar, coaccionar u obligar alguien a cometer una acción u omisión, situación que no se evidencia en el presente tipo penal. De ese modo, observa con propiedad Oswaldo Henrique Duek Marques,

da análise do texto, extrai-se um constrangimento vago, sem qualquer conduta imposta à vítima. Nesse caso, para melhor tipificação, seria mais apropriado um dispositivo à parte, já que para a consumação do crime bastaria o sofrimento físico ou mental provocado na vítima, mediante violência ou grave ameaça, em razão de discriminação racial ou religiosa.⁹³⁹

Igual falta de precisión semántica de los elementos típicos y perturbación al principio de legalidad puede ser constatada en el art. 1º, II, de la Ley 9455/97, cuando se exige, para la superveniencia de la hipótesis legal, la provocación de “intenso sufrimiento físico o mental” en la persona que estea bajo la guardia, poder o autoridad de agente. ¿Qué viene a ser ese “intenso sufrimiento físico o mental”?

⁹³⁷ BARQUÍN SANZ, Jesús. **Delitos contra la integridad moral**. Barcelona: Bosch, 2001. p. 162

⁹³⁸ ROSAL BLASCO, Bernardo del; CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel; et al. **Compendio de Derecho Penal Español...**, p. 165-166.

Ante a tal tipo penal abierto, de tal anchura normativa, cuestiona Sérgio Salomão Shecaira: “a conduta do pai que, ao exceder-se em seu ius corrigendi, bate em seu filho, sobre quem tem a guarda, mesmo sem lhe causar lesão, como forma de castigo pessoal, praticaria a figura descrita no art. 1º, II?”.⁹⁴⁰

En el mismo sentido, aduce Eduardo Luiz Santos Cabette que

quando se afirma que a descrição genérica da Lei 9.455/97 infringe o princípio da legalidade, tem-se em consideração o conceito de “legalidade estrita” defendido pelo Garantismo Jurídico-Penal, de acordo com a formulação de Luigi Ferrajoli. Isso porque poder-se-ia argumentar que a mera previsão legal, ainda que genérica, depende de complementação pelo intérprete por processos os mais variados, poderia satisfazer o chamado princípio da legalidade, desde que visto sob um prisma amplo.⁹⁴¹

Se nota, por lo tanto, que es más una situación de falta de observancia, por parte del legislador brasileño, del principio de determinación o de taxatividad legal.

15.3.3 Efectos Penales y Procesales Estipulados por la Ley de los Crímenes Horrendos (Ley 8072/90) y por la Ley de Tortura (Ley 9455/97)

La Ley 8072/90 trajo consecuencias penales y procesales más severas para los llamados crímenes horrendos y los asemejados (tortura, tráfico ilícito de estupefascientes y drogas afines y terrorismo).

Su art. 2º, estipula que esos delitos son insusceptibles de amnistía, gracia e indulto, bien como fianza y libertad provisional (posteriormente fue excluida la prohibición de la libertad provisional con la reprobación de la Ley 11.464/07, como vamos a ver a continuación). Constituye determinación de la propia Constitución

⁹³⁹ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. Breves considerações sobre a criminalização da tortura. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 5, n. 56, p. 6, 1997.

⁹⁴⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Algumas notas sobre a nova Lei de Tortura (Lei N. 9.455, de 7 de abril de 1997). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 5, n. 54, p. 2, 1997.

⁹⁴¹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 14, n. 59, p. 307, 2006.

Federal, ne los términos del art. 5º, XLIII, siendo que cuando en la elaboración de la Ley 8072/90 se ampliaron las prohibiciones, incluyendo la prohibición al indulto y otorga de libertad provisional, aspectos que son objeto de análisis a continuación. La amnistía y el indulto constituyen formas de clemencia del Estado, se presentando como causas de extinción de la punibilidad, conforme dispuesto en el art. 107, II, del Código Penal brasileño. Señala Guilherme de Souza Nucci, que

a primeira é concedida pelo Congresso Nacional, por lei, voltada ao esquecimento de fatos; a segunda é concedida pelo Presidente da República, por decreto, voltada a condenados. O indulto se divide em coletivo (indulto propriamente dito) e individual (graça). No primeiro caso, dirige-se a um número indeterminado de condenados, desde que preencham os requisitos do decreto concessivo do indulto. No segundo, dirige-se a um determinado condenado, em razão de algum mérito que apresente ou, simplesmente, pela vontade discricionária do Presidente da República.⁹⁴²

Se observa que la amnistía representa situación similar a la “*abolitio criminis*”, siendo que en ésta se excluye la propia norma penal incriminadora, haciendo lícitos comportamientos anteriormente clasificados como delictivos; en la amnistía, son los hechos que son eliminados, motivo por el cual no hay más el juicio de tipicidad, aunque el tipo penal permanezca en abstracto. Sin embargo en las dos hipótesis el agente infractor no cumple la sanción penal y, caso ya haya sido ejecutada, se borra el registro de la condena de su hoja de antecedentes. Sobre las cuestiones aquí presentadas y haciendo un análisis crítico, pondera Miguel Polaino Navarrete, que

el ejercicio del derecho de gracia, de la facultad jurídica de la clemencia, entraña una ardua cuestión en la Ciencia penal, porque en el substrato de la misma permanece soterrada una vulneración del principio de culpabilidad, una forma de excepcionalidad a la igualdad ante la Ley penal, una incidencia más sobre la seguridad jurídica y, asimismo, una nueva comprobación del fracaso de la prisión, y por ello constituye un premio cuyo fundamento ha de calibrarse con la mayor precisión.⁹⁴³

⁹⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 987.

⁹⁴³ POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Estudios Penitenciarios**. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1988. p. 265.

Y, por lo tanto, la Constitución Federal brasileña y la Ley 8072/90, al prohibiren la incidencia de mencionadas causas de extinción de la punibilidad a autores de crímenes horrendos, tráfico ilícito de estupefacientes, terrorismo y tortura, impiden que las objeciones suscitadas por el profesor Polaino Navarrete se manifiesten concretamente.

Además de eso el párrafo 1º, de ese mismo artículo 2º, fija que la pena prevista para los crímenes horrendos y los equiparados será cumplida integralmente en régimen cerrado (regla posteriormente cambiada con la reprobación de la Ley 11.464/07, que también vamos a ver a continuación).

Los párrafos 2º y 3º, determinan reglas procesales en el sentido de que en caso de sentencia condenatoria el juez decidirá fundamentalmente si el reo podrá apelar en libertad, asegurando, aún, la ampliación del plazo de prisión temporal de cinco días para treinta días, habiendo la posibilidad de se prorrogar por igual período en caso de extrema y comprobada necesidad, con vistas a facilitar el trabajo de pesquisa policial.

Todas las alteraciones de naturaleza penal presentadas por la nueva legislación se quedan sometidas al principio constitucional de irretroactividad de la ley penal más severa, en obediencia al mando constitucional descrito en el art. 5º, XL, de la Ley Mayor. Ya sobre las normas de carácter procesal penal la aplicación es inmediata, independentemente de ser más severas o no, conforme determinación del art. 2º, del Código de Proceso Penal brasileño: *“a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”*. Temos aquí la previsión del principio de *“tempus regit actum”*, según el cual los actos procesales ya desarrollados bajo la protección de la legislación anterior siguen siendo validos, siendo que con relación a las nuevas normas procesales se aplica la regla de la incidencia inmediata, disciplinando, así, el desarrollo de los demás actos procesales. Por lo tanto, acerca de las normas procesales, se sedimentó el principio del efecto inmediato o de la aplicación inmediata de la ley procesal penal. La justificación para el empleo de tal sistemática se debe al hecho de se presumir que la nueva reglamentación jurídica se presenta con más

dinamicidad procesal, o sea, estea más estructurada técnicamente y adecuada a los fines del proceso, así como más sintonizada con las nuevas tendencias dogmáticas.

Sobre la insusceptibilidad de la amnistía, gracia e indulto, la Constitución Federal de 1988, en su ya citado art. 5º, XLIII, hizo alusión solamente a las dos primeras formas de extinción de la punibilidad, silenciando sobre el indulto, que, sin embargo, consta como prohibido de ser concedido a los autores de tales crímenes, en la Ley 8072/90 (art. 2º, I). Inmediatamente surge la cuestión pertinente a la legitimidad del legislador ordinario, que redactó la Ley 8072/90, acerca de la posibilidad de ampliar la prohibición en el elenco de las causas de extinción de la punibilidad previstas en la referida disposición constitucional.

Comentando el tema Luiz Vicente Cernicchiaro dice que,

em se analisando, finalisticamente, o art 5º, XLIII, percebe-se que a proibição constitucional significa excluir da clemencia principis os autores de crimes hediondos. Não faz sentido, pela Constituição, afastar o favor do Presidente da República, individualmente concedido, mas autorizar o benefício só porque, no mesmo decreto, foram contempladas outras pessoas. Sufragar-se-ia conclusão meramente formal, em dado simplesmente numérico. Realça, aqui, o significado altamente negativo do crime hediondo, incompatível com a tradicional clemência.⁹⁴⁴

Con opinión divergente y a nuestro juicio más acertada, se presentan Francisco de Assis Toledo⁹⁴⁵ y Alberto Silva Franco⁹⁴⁶, por creyeren inconcebible que una ley ordinaria pueda fijar la prohibición de la otorga del indulto. Para ellos, por el hecho de la concesión del indulto ser de la competencia privativa del Presidente de la República (art. 84, XII, de la Constitución Federal), tal poder discrecional solamente encuentra límites en la Carta Magna, no pudiendo, pues, ser restringido por ley ordinaria.

⁹⁴⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Op. cit. p., 172.

⁹⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Crimes Hediondos...**, p. 61.

⁹⁴⁶ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos...**, p. 142.

Interesante es que, en relación al delito de tortura, la Ley 9455/97 previó expresamente que esa infracción penal es insusceptible sólo de gracia o amnistía (art. 1º, §6º), acarreando, de esa forma la revocación de la prohibición de la concesión del indulto a la práctica de tortura, anteriormente prevista en la Ley 8072/90 (art. 2º, I), ya que la ley posterior también revoca la anterior cuando regula totalmente la materia que ésta trataba (art. 2º, de la Ley de Introducción al Código Civil).

De la misma forma y por el mismo motivo, el art. 1º, párrafo 6º, de la Ley 9455/97, al disponer simplemente que el delito de tortura no tiene fianza, acabó por revocar el impedimento, entonces previsto por la Ley 8072/90 (art. 2º, II), para la concesión de la libertad provisional al crimen de tortura.

El Código Penal Brasileño de 1940 adoptó, como forma de ejecución de la pena privativa de libertad, un sistema progresivo, en que el recluso pasa por diversas fases hasta alcanzar la libertad. Tal sistema fue idealizado, como hemos visto, por el inglés Alexander Maconochie, en el año de 1840, habiendo sido perfeccionado por el irlandés Walter Crofton, director de las prisiones en Irlanda. Maconochie fue director de la colonia penal en la isla de Norfolk, en Australia, donde Inglaterra enviaba sus delincuentes más perversos, creando así, un sistema basado en bonos o marcas (*“Mark System”*), sintetizado en su obra *“Thoughts on Convict Management”* (1838), por el cual el recluso podría obtener bonificaciones conforme su mérito y rendimiento laboral, o sea, el sentenciado estaría apto, paulatinamente, a mejorar su condición penitenciaria, reduciendo la pena inicialmente fijada. El condenado en ese sistema pasaba por las siguientes fases: primeramente había el aislamiento celular absoluto, llamado período de prueba, cuya principal finalidad era observar el comportamiento del recluso; en una segunda fase, dependiendo de su conducta, pasaría a desarrollar actividades laborales en común con otros presos en las casas de trabajo (*“Workhouse”*), obedeciendo la regla del silencio, se recogiendo al aislamiento durante la noche; por fin, había la fase de la libertad vigilada, que se extendería hasta el término de la pena (*“ticket of leave”*). A su vez, informa Sebastian Soler, *“en Irlanda, Sir Walter Crofton le dió gran impulso e introdujo un período intermedio entre la Workhouse y la libertad condicional, tratando de adaptar al*

detenido a la vida social, antes de su libertación, mediante un sistema de semi-libertad".⁹⁴⁷

Por lo tanto, en el sistema progresivo, inglés o irlandés, se dividía el cumplimiento de la pena privativa de libertad en varias fases, progresivamente menos severas.

Como ya hemos destacado, la legislación brasileña adoptó un sistema progresivo, con sustanciales modificaciones, proporcionadas, principalmente por las Leyes 6416/77, 7209/84, 7210/84 y 10.792/03. Fueron creados tres regímenes de cumplimiento de las penas privativas de libertad: cerrado, en que la pena será ejecutada en establecimiento de seguridad máxima o media (art. 33, §1º, "a", del Código Penal); semiabierto, que admite la ejecución de la pena en colonia agrícola, industrial o establecimiento similar (art. 33, §1º, "b", del Código Penal) y abierto, en el cual el cumplimiento de la pena ocurre en casa de albergado o establecimiento adecuado (art. 33, §1º, "c", del Código Penal). Además de eso, hay la posibilidad del agente obtener la libertad condicional (arts. 83-89, del Código Penal). De ese modo, en el sistema penitenciario brasileño, se permite al condenado la transferencia para un régimen menos riguroso, a ser determinada por el juez, cuando el preso tenga cumplido por lo menos un sexto de la pena en el régimen anterior y su mérito indicar la progresión (art. 33, §2º, del Código Penal y art. 112, de la Ley 7210/84 - Ley de Ejecución Penal).

Con eso, acentúa Luiz Régis Prado,

é possível a transferência progressiva do condenado de um regime para outro, de menos rigor, ou seja, do regime fechado para o semi-aberto, e deste para o aberto, salvo em se tratando de sentenciado por crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, consumados ou tentados, de acordo com o disposto expressamente na Lei 8072/90 em seu art. 2º, §1º.⁹⁴⁸

⁹⁴⁷ SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino...**, p. 429.

⁹⁴⁸ RÉGIS PRADO, Luiz. **Curso de Direito Penal Brasileiro...**, p. 306.

Sin embargo, parte de la doctrina brasileña siempre entendió que esa regla que impide la progresión del régimen para los crímenes horribles y los semejados, infringe frontalmente el principio de individualización de la pena, que, como ya señalamos, se encuentra insertado en el art. 5º, XLVI, de la Constitución Federal de 1988, al enunciar la regla de que “*a lei regulará a individualização da pena*”. Pues, individualizar la pena en la fase de su ejecución es proporcionar al condenado mejores condiciones de recuperación y el sistema progresivo tiene por finalidad justamente esto, o sea, estimular la buena conducta del detento a fin de se obtener, con cadencia y concreción, su readaptación social, preparándole para la vida en libertad, justamente con sus semejantes. Destaca Gerardo Landrove Díaz que el núcleo del sistema progresivo “*es distribuir el tiempo de duración de la condena en diversos períodos, en cada uno de los cuales se va acentuando el número de privilegios o ventajas de que puede disfrutar el recluso, paralelamente con su buena conducta y el aprovechamiento del tratamiento reformador de que es objeto*”.⁹⁴⁹ De la misma forma, refuerza con claridad Lorenzo Morillas Cueva que, de acuerdo con los engranajes del sistema progresivo, se

buscan la motivación de los penados para que a través de los legítimos deseos de libertad encaucen su comportamiento con el trabajo y la buena conducta. Conllevan la disminución gradual de la intensidad de la pena privativa de libertad hasta la posibilidad de ir alcanzando en atención a su proceder, las diversas etapas cada vez más distendidas hasta alcanzar su puesta en libertad definitiva.⁹⁵⁰

Por lo expuesto, impedir la progresión de regímenes a los condenados por crímenes horribles y semejados afrontaría realmente el principio constitucional de la individualización de la pena. Ese es el entendimiento, entre otros, de Luiz Vicente Cernicchiaro⁹⁵¹ y Ney Moura Teles⁹⁵². A su vez, Eugenio Raúl Zaffaroni y José

⁹⁴⁹ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. cit., p. 53.

⁹⁵⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito**. Madrid: Tecnos, 1991. p. 120.

⁹⁵¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Considerações sobre o Crime Hediondo, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 117.

⁹⁵² TELES, Ney Moura. Op. cit., v. 1, p. 65.

Henrique Pierangeli, haciendo un análisis crítico del art. 2º, §1º, de la Ley 8072/90, dicen que su constitucionalidad es “*no mínimo, duvidosa*”.⁹⁵³

En esta línea, enseña João Gualberto Garcez Ramos que

a pena criminal tem três momentos perfeitamente cindíveis: cominação, aplicação e execução, que nada mais são do que etapas de um processo denominado de “individualização da pena”. No primeiro deles, o legislador desvalora o fato, exclusivamente, determinando, entre limites máximo e mínimo, ou apenas máximo, o desvalor possível. No segundo, o juiz desvalora, com virtual equilíbrio de critérios, o fato e o seu autor, de acordo com as regras de fixação da pena do Código Penal. No terceiro momento, o juiz da execução abandona já o fato criminoso, para fixar-se exclusivamente no seu autor, transformado em condenado. Nesse passo, é ilegítimo, por ferir o princípio da individualização da pena, tomar-se em consideração o fato praticado pelo condenado, pois condenados por crime “hediondo” e por outro crime devem ser, para os fins de execução de pena, tratados de maneira equivalente. Se o princípio ferido é de sede constitucional – e o princípio da individualização da pena o é – essa ilegitimidade tem o nome de inconstitucionalidade.⁹⁵⁴

El Supremo Tribunal Federal pronunciando decisión sobre el tema entendía que esta regla no posee cualquier carácter de inconstitucionalidad.⁹⁵⁵ Conformes con ese entendimiento, sostienen Alexandre de Moraes y Gianpaolo Poggio Smanio que

a obrigatoriedade legal do cumprimento integral da pena, em caso de condenação por crimes hediondos ou assemelhados, em regime fechado não ofende o princípio da individualização da pena, uma vez que se trata de matéria infraconstitucional a ser disciplinada por lei ordinária. Assim, da mesma forma como o legislador ordinário tem a discricionariedade para a criação de regimes de cumprimento de pena, bem como de hipóteses de progressão e regressão entre os diversos regimes previstos, poderá também instituir algumas hipóteses em que a progressão estará absolutamente vedada.⁹⁵⁶

⁹⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p. 80.

⁹⁵⁴ GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **A Inconstitucionalidade do “Direito Penal do Terror”**. Curitiba: Juruá, 1991. p. 57.

⁹⁵⁵ STF, 2a. Turma - HC n. 75.634 - 4/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 12 dez. 1997, p. 65.567.

⁹⁵⁶ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit., p. 62 e 63.

De igual modo se manifestó el profesor Cezar Roberto Bitencourt al decir que

o dispositivo que determina o cumprimento da pena em regime fechado, integralmente, não apresenta nenhum vício de inconstitucionalidade, posto que na Constituição não há nenhuma norma disciplinando a forma de cumprimento de penas, ao contrário, atribui à legislação ordinária a sua fixação (art. 5º, XLVI, da CF).⁹⁵⁷

Realmente, se vamos hacer una interpretación literal del dispositivo constitucional que prevé el principio de individualización de la pena, relacionando con la norma de la Ley de los Crímenes Horrendos, que establece para tales delitos la obligatoriedad del cumplimiento de la pena privativa de libertad totalmente en el régimen cerrado, no vamos encontrar cualquier contradicción, ya que el art. 5º, XLVI, de la Constitución Federal brasileña, afirma que “a lei regulará a individualização da pena” y el legislador, al redactar el art. 2º, párrafo 1º, de la Ley 8072/90, imponiendo la obligatoriedad del régimen cerrado de forma absoluta, nada más hizo sino que disciplinar la ejecución de la pena de prisión para tales delitos.

Evidentemente que si penetramos en el núcleo de la cuestión de lo que representa individualizar la pena, vamos percibir que tal sistemática no tiene cualquier sentido lógico jurídico. ¿Qué tipo de adaptación de la pena privativa de libertad al condenado existe en la fase ejecutoria si no se admite la progresión de régimen? ¿Qué estímulo tiene el penado, en tal sistemática, para cumplir todas las reglas que le son impuestas, si no va recibir el premio inmediato del acceso a alguna modalidad de libertad?

Interesante es que la Ley de los Crímenes Horrendos vedó la posibilidad de obtención de la libertad condicional, solamente el condenado tendrá que cumplir más tiempo de pena que en relación a otros delitos, o sea, más de dos tercios, en los términos del art. 83, V, del Código Penal. Se observa, entonces, que si un sujeto sea condenado por homicidio cualificado, clasificado como horrendo (art. 1º, I, de la Ley 8072/90 y art. 121, §2º, del Código Penal), a veinte y cuatro años de reclusión,

⁹⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal...**, p. 426.

para alcanzar la libertad condicional tendrá él que, en los términos de la ley, cumplir en el mínimo dieciséis años de cárcel, en régimen cerrado integral. En ese caso, después de los largos años de cárcel él pasa bruscamente del régimen penitenciario más riguroso existente directamente para la sociedad, siendo que, por regla general, no se encuentra preparado para este cambio radical. Eso constituye, advierte Rômulo Souza de Araujo, “*a inidoneidade da medida para os fins a que se dispõe*”.⁹⁵⁸ Parece ser bien más sensata y racional la regla de la progresión en pequeños saltos, es decir, el pasaje del régimen cerrado para el semiabierto; después para el abierto, para, sólo entonces, autorizar la libertad condicional, tal como es empleada para los demás delitos no clasificados como horribles o equiparados.

Hay que considerar también la posible infracción de esa regla al principio de humanidad. En ese diapasón, enseña Alberto Zacharias Toron que

a progressão no regime de cumprimento de pena, além de se identificar com o princípio da humanidade das penas, é altamente meritória não apenas com vistas a uma tentativa de adequada realização de prevenção especial, mas, sobretudo, de contenção do sistema prisional, vale dizer, de segurança pública.⁹⁵⁹

No se debe olvidar que la Constitución Federal no admite pena de carácter cruel y no permite cualquier tratamiento inhumano o degradante. Es de se destacar también que se encuentra expresamente estampado en la legislación brasileña que el objetivo de la pena no es solamente la retribución al mal cometido, pero, también, la prevención, la búsqueda de la armónica integración social del condenado. En ese sentido, observa con propiedad Márcio Bártoli que

adotando o regime fechado integralmente para cumprimento de longas penas torna-se praticamente impossível a reabilitação do condenado. Pena longa e regime fechado são elementos contraditórios à idéia de reinserção social e inúteis para tornar possível ao autor do crime uma vida futura em

⁹⁵⁸ ARAÚJO, Rômulo Souza de. O resgate constitucional da individualização da pena. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 13, n. 161, p. 11, 2006.

⁹⁵⁹ TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos**. O Mito da Repressão Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 68.

liberdade e, por último, porque uma das condições para preservação da identidade moral do condenado, com positivas repercussões na disciplina carcerária está na possibilidade de vislumbrar a liberdade.⁹⁶⁰

Véase, aún, que, para algunos, la imposición legal de régimen cerrado absoluto para tales crímenes lesiona, también, el principio de proporcionalidad. Es lo que piensa, por ejemplo, Ingo Sarlet, para quien

salta aos olhos que, a vedação pura e simples da progressão (pela exigência de cumprimento da pena em regime fechado até o livramento, que, de resto, pode ser negado) é manifestamente incompatível com o sentido mínimo da noção de proporcionalidade, o que lamentavelmente não tem, ainda, sido reconhecido por boa parte de nossos Tribunais.⁹⁶¹

Cabe destacar que la jurisprudencia entendía que si el juez, al dictar la sentencia condenatoria, por la práctica de un crimen horrendo o asemejado, hiciese constar la determinación del régimen cerrado solamente como siendo el régimen inicial de cumplimiento de la pena privativa de libertad y no hubiese recurso de la parte del Ministerio Público y, consecuentemente, ocurriese el pasado en juzgado de la decisión, no habría impedimento alguno para que el condenado pudiera avanzar durante la ejecución de la pena, en respeto al principio de la cosa juzgada.⁹⁶²

Ese precepto normativo específico que prohíbe la progresión del régimen, por ser de naturaleza penal y de carácter mas severo que la regla general, permisiva de la progresión, prevista en el Código Penal y en la Ley de Ejecución Penal, no tuvo efecto retroactivo. De ese modo, por ejemplo, una persona condenada por violación cualificada, crimen clasificado como horrendo por nuestra legislación penal actual, cometido antes de la vigencia de la Ley 8072/90, podría avanzar, una vez rellenados los presupuestos legales de los arts. 33, párrafo 2º, del Código Penal y 112, de la

⁹⁶⁰ BÁRTOLI, Márcio. Crimes Hediondos (Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990). **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, Ano 5, v. 5, n. 2, p. 79-80, 1992.

⁹⁶¹ SARLET, Ingo. Op. cit., p. 113.

⁹⁶² STJ, 6a. Turma - HC n. 5.101/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves - RT 740/557.

Ley 7210/84, a los regímenes semiabierto y abierto. Sería aquí, la aplicación pura y simple del principio de irretroactividad de la “*novatio legis in pejus*”.⁹⁶³

Por otro lado, en los crímenes de tortura, con base en el art. 1º, párrafo 7º, de la Ley 9455/97, se posibilitó expresamente la progresión, pues el condenado por esa modalidad delincencial, según determinación de la nueva ley, debe solamente iniciar el cumplimiento de la pena en régimen cerrado, lo que no hace inviable, por lo tanto, el pasaje a los regímenes más blandos, una vez obedecidos los requisitos legales. Por consecuencia, en ese ítem, la Ley de la Tortura acabó estableciendo una distinción de tratamiento entre ese crimen y los demás delitos horrendos y asemejados, siendo, por lo tanto, una auténtica “*novatio legis in mellius*”.

Sin embargo, en esa larga y animosa discusión dogmática y hermenéutica, se abrió un nuevo capítulo cuando, después de casi solidificada en el Supremo Tribunal Federal la tesis predominante de la constitucionalidad de la supra mencionada regla legal (art. 2º, § 1º, de la Ley 8072/90), que determina el cumplimiento integral de la pena privativa de libertad en régimen cerrado a los condenados por crímenes horrendos, tráfico ilícito de estupefascientes y terrorismo, el Ministro Marco Aurélio Mello, en los autos del HC 82.959-7, reabrió el debate y otra vez sometió la cuestión a la apreciación del Plenario. Éste, en la oportunidad, se encontró, ya sensiblemente alterado en su composición, con la reciente entrada en el Supremo Tribunal Federal, de los nuevos Ministros César Peluzo, Carlos Ayres Britto y Eros Roberto Grau. En esa circunstancia, y bajo el decidido liderazgo del Ministro Marco Aurélio Mello, acabó siendo acogido, aunque por escasa mayoría, el entendimiento que apunta para la inconstitucionalidad del mencionado precepto legal, bajo el principal fundamento de que la prohibición de la progresividad en el cumplimiento de la pena privativa de libertad es incompatible con el mando constitucional relativo a la individualización de la sanción criminal. Esa decisión tomada en fecha del 23/02/2006, tuvo el respaldo no sólo de esos mencionados nuevos Ministros, como, también de los magistrados Sepúlveda Pertence y Gilmar Mendes, que ya estaban integrando el referido cuerpo juzgador. La línea vencedora tuvo la oposición de los

⁹⁶³ STJ, 5a. Turma - Resp. n. 10.678/PR, Relator Ministro Édson Vidigal, Diário da Justiça, Seção I, 30 de março 1992, p. 3997.

Ministros Carlos Velloso, Nélson Jobim, Celso de Melo, Joaquim Barbosa y Ellen Gracie. En publicación constante en el Diario de la Justicia de la Unión⁹⁶⁴, referida decisión fue así sintetizada:

O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de habeas corpus e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Melo e Presidente (Ministro Nélson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006).

Cabe resaltar que mencionada decisión del Plenario del STF fue manifestada por medio del control difuso de constitucionalidad, según el cual todo y cualquiera juez o tribunal puede se pronunciar, *incidenter tantum* y en el caso concreto, sobre eventual inconstitucionalidad de una ley o acto normativo. Mediante ese mecanismo, por regla general, los efectos de la decisión declaratoria son retroactivos (*ex tunc*) y se manifiestan solamente entre las partes involucradas (*inter partes*). Para que se otorgue carácter general, con connotación *erga omnes* y no sólo *inter partes*, la decisión del Supremo Tribunal Federal, en los términos del art. 52, X, de la Constitución Federal brasileña, debe ser comunicada al Senado Federal para que éste, en el ejercicio de su poder discrecional, o sea, haciendo un juicio de oportunidad y conveniencia, delibere por suspender la ejecución, en el todo o en parte, de la ley declarada inconstitucional. Pero, informa Fernanda Teixeira Zanoide de Moraes,

uma grande novidade trazida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, neste importante e histórico julgamento, está em conferir, em sede de controle de constitucionalidade difuso, efeitos ex nunc (a partir da decisão de inconstitucionalidade) e extensão erga omnes, tornando uma eventual resolução do Senado Federal ato inócuo.⁹⁶⁵

⁹⁶⁴ DJU 1, de 31.03.2006, p. 41.

⁹⁶⁵ MORAES, Fernanda Teixeira Zanoide de. O STF foi além da progressão do regime prisional. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 13, n. 161, p. 2, 2006.

Es importante registrar que el control de constitucionalidad en Brasil se presenta de forma mixta, una vez que hay la adopción de un método dual, así representado: a) el control concentrado o abstracto (austriaco), regulado en el art. 102, I, "a", de la Constitución Federal, según el cual el órgano máximo del Poder Judicial, el Supremo Tribunal Federal, podrá realizar el control de ley o acto normativo federal o estatal incompatible con la Carta Magna, sin la necesidad, para eso, de la existencia de un caso concreto a ser dirimido. Con esa sistemática, por vía de acción propuesta por uno de los legitimados del art. 103, de la Constitución Federal, la decisión del Supremo Tribunal Federal retira del ordenamiento jurídico la ley o acto normativo que colide con el ordenamiento constitucional, con eficacia retroactiva (*ex tunc*) y contra todos (*erga omnes*); b) el control difuso o abierto (norteamericano - *judicial review*), que puede ser ejecutado por cualquier juez o tribunal en la solución de un determinado caso concreto, se debiendo someter, cuando la inconstitucionalidad sea declarada por tribunal, al principio de reserva de plenario, que fija, en los términos del art. 97, de la Constitución Federal, la regla de que la inconstitucionalidad solamente puede ser declarada por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros o de los componentes del respectivo órgano especial. Aquí, por vía de excepción, la decisión de inconstitucionalidad es clasificada como cuestión prejudicial de mérito, abarcando solamente las partes involucradas en el litigio (*inter partes*) y operando con efectos retroactivos (*ex tunc*), considerando que la situación jurídica fue desencadenada bajo el manto de ley o acto normativo declarado inconstitucional.

Por lo que se observa, una decisión con base en el control difuso puede adquirir carácter *erga omnes* solamente después la expedición de una resolución por el Senado Federal, suspendiendo, en el todo o en parte, la ejecución de ley reputada como inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, de la CF). En el procedimiento que ahora es objeto de análisis (*Habeas Corpus* n° 82.959), la regla del efecto *ex tunc*, pertinente al control difuso, recibió flexibilidad, pues se utilizó, por analogía, el art. 27, de la Ley 9868/99, propio del control

abstracto o concentrado, que permite al Pleno del STF, por mayoría de dos tercios de sus miembros, “*tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*”. De ese modo, el Plenario del Supremo Tribunal Federal deliberó que la declaración incidental de inconstitucionalidad del art. 2º, § 1º, de la Ley 8072/90, no acarreará consecuencias jurídicas con relación a las sanciones penales ya extintas cuando proferida esta decisión, precaviéndose, de este modo, de eventuales acciones extrapenales indemnizatorias de los que ya cumplieron pena por hechos de naturaleza horrenda. Sin embargo, fue hecha la reserva de que el efecto *ex nunc* puede incidir en las condenas que involucran situaciones aún susceptibles de ser sometidas a la progresión de régimen, incentivando a los penados a pleitear al juez de la ejecución penal referido beneficio, debiendo ser concedido una vez rellenados los requisitos legales objetivos y subjetivos. Se nota, por lo tanto, por el contenido de la decisión que, a pesar de se estar ante a la hipótesis de control difuso, fue permitida la extensión de sus efectos para más allá de las partes. Ese aspecto, enfatiza Fernanda Teixeira Zanoide de Moraes,

representa um nítido avanço no moderno direito constitucional e está em consonância com o princípio da economia processual, na medida em que torna desnecessário que um dos legitimados do art. 103, da CF seja compelido a propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (controle abstrato), com o mesmo fundamento, para que o Supremo Tribunal Federal decida do mesmo modo, com extensão erga omnes.⁹⁶⁶

Observa, sin embargo, Fábio Galindo Silvestre que,

com a atual composição do Pretório Excelso, fica inviabilizada a edição de súmula vinculante, pois o apertado escore de votação (6x5) não atinge o quórum exigido para a edição da medida (2/3 dos membros – 8 ministros),

⁹⁶⁶ MORAES, Fernanda Teixeira Zanoide de. Op. cit., p. 3

conforme o art. 103-A da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.⁹⁶⁷

En síntesis, a partir de esa decisión del STF, todos los condenados por crímenes horrendos, tráfico ilícito de estupefascientes y terrorismo que estean cumpliendo pena o que vengan a cumplir tendrán la prerrogativa inmediata de la progresión de régimen, una vez respetados los requisitos objetivos y subjetivos entallados en el Código Penal y en la Ley de Ejecución Penal (Ley 7210/84). Sin embargo la obligatoriedad de iniciar la ejecución de la pena privativa de libertad en el régimen cerrado no fue alejada. De la misma forma, recuerda Renato Marcão, a partir de esa decisión, no se concibió la *“inconstitucionalidade no dispositivo legal que estabelece prazo maior de cumprimento de pena para obtenção do livramento, tampouco quando impõe vedação”*.⁹⁶⁸ Con eso sigue prevaleciendo la regla del art. 83, V, del Código Penal que fija la necesidad de los condenados por crímenes horrendos o equiparados teneren que cumplir más de dos tercios de la pena para poderen obtener la libertad condicional, se quedando impedidos de ese beneficio los reincidentes específicos en delitos de esa naturaleza.

15.3.4 Las Nuevas Directrices Originadas en la Ley 11.464/07

A partir de ese nuevo posicionamiento del Supremo Tribunal Federal, los condenados por crímenes horrendos (art. 1º de la Ley 8072/90), tráfico ilícito de estupefascientes (arts. 33, caput y § 1º, 34, 35, 36 y 37, de la Ley 11.343/06) y terrorismo (art. 20, de la Ley 7170/83), tendrían que empezar la ejecución de la pena privativa de libertad en el régimen cerrado, independientemente de la cantidad de cárcel impuesta, pero podrían avanzar para el régimen semiabierto, a medida en que cumpliesen por lo menos un sexto de la pena, además de teneren que ostentar un

⁹⁶⁷ SILVESTRE, Fábio Galindo. Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, Ano VII, n. 37, p. 18, 2006.

⁹⁶⁸ MARCÃO, Renato. Livramento condicional em crimes hediondos e assemelhados após a declaração de inconstitucionalidade do regime integral fechado (§ 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990). **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, Ano VII, n. 37, p. 20, 2006.

buen comportamiento en la cárcel, comprobado por el director del establecimiento (art. 112, de la Ley 7210/84 y art. 33, §2º, del Código Penal).

Véase, así pues, que la progresión de régimen penitenciario, para tales hipótesis delictivas, estaba siendo hecha con base en los mismos requisitos que son exigidos, para llegar a esa prerrogativa, a los condenados por delitos no clasificados como horribles o semejantes a ellos. Tal aspecto hizo nacer una manifestación de inconformidad y objeción ha venido de algunos segmentos de los medios, sociedad, poder judicial, Ministerio Público, Policía y de la doctrina, por entender como inconcebible ese tratamiento ejecutor punitivo de isonomía, frente a situaciones de desigual grado de lesividad. En ese sentido, para ilustrar, véase la siguiente posición del profesor y miembro del Ministerio Público del Estado de São Paulo, Renato Marcão:

estou certo de que é necessário estabelecer prazo diferenciado para progressão de regime na execução de pena decorrente de condenação por crime hediondo ou assemelhado. Aliás, digno de nota que em seu voto, por ocasião da decisão proferida no dia 23 de fevereiro de 2006 no Plenário do STF, quando se reconheceu, por maioria, a inconstitucionalidade do regime integral fechado, o Min. Ayres Brito acenou para uma remanescente inconstitucionalidade do art. 112 da LEP, que “passou a tratar” igualmente os desiguais, na medida em que prevê requisito objetivo único para a progressão de regime, sem qualquer distinção entre hediondos e não-hediondos.⁹⁶⁹

Mencionada reacción que viene de diferentes frentes, pasó a presionar el Poder Legislativo, en el sentido de producir una ley penal que estableciera nuevos parámetros de exigencias para concretizar la progresión del régimen carcelario, en se tratando de condenados por delitos de mayor envergadura ofensiva, distintos de los modelos comunes. Así, cuando hacíamos la revisión final de esa tesis doctoral, apareció la Ley 11.464, de 28 de marzo de 2007, con entrada en vigor programada para la fecha de su publicación (29/03/2007), fijando nueva redacción al supra referido art. 2º, de la Ley 8072/90. Sobre el tema aquí objeto de análisis, o sea, la

⁹⁶⁹ MARCÃO, Renato. Progressão de regime em crimes hediondos ou assemelhados. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, Ano VIII, n. 44, p. 211, 2007.

ejecución de la reprimenda penal, el § 1º, de la Ley 8072/90, pasó a estipular que la pena privativa de libertad, en el caso de crímenes horrendos, tráfico ilícito de estupefacientes, tortura y terrorismo será cumplida inicialmente en régimen cerrado, cambiando, por lo tanto, el texto original que determinaba el régimen cerrado absoluto. Ya el § 2º, pasó a tener la siguiente redacción: “a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

Recuerda Paulo Henrique Aranda Fuller que

por serem mais severos, os percentuais de 2/5 e 3/5 da Lei nº 11.464/07 somente podem ser aplicados aos crimes hediondos e assemelhados praticados a partir de 29 de março de 2007 (data da sua entrada em vigor), permanecendo os fatos anteriores subordinados ao cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior, nos moldes do disposto no art. 112, *caput*, da Lei nº 7.210/84.⁹⁷⁰

Cabe subrayar nuevamente que, en lo que tiene que ver con el crimen de tortura, tal posibilidad de progresión de régimen ya estaba expresamente consagrada desde la reprobación de la Ley 9455/97, en los términos del art. 1º, §7º, todo de acuerdo con la sistemática ejecutoria genérica, propuesta por el aludido art. 112, de la Ley 7210/84. Registra, incluso, Carla Campos Amico, que,

com o advento da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime de cumprimento da pena para os crimes praticados a partir de sua vigência, referidos no art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.072/90, aqui se incluindo a tortura, deve ocorrer após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.⁹⁷¹

⁹⁷⁰ ARANDA FULLER, Paulo Henrique. Primeiras impressões a respeito da alteração da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 11.464/07). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 15, n. 174, São Paulo, 2007, p 19.

⁹⁷¹ AMICO, Carla Campos. Inovações decorrentes da Lei nº 11.464/07. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 15, n. 176, São Paulo, 2007, p. 2.

Añadiendo al tema, la Ley 11.464/06, también excluyó la prohibición de la concesión de libertad provisional sin fianza (art. 310, *caput* y párrafo único, del Código de Proceso Penal), para los crímenes horrendos y equiparados, restricción anteriormente presente en el texto original de la Ley 8072/90 (art. 2º, II) posibilitando, de este modo, al magistrado, en la apreciación de un caso concreto de ese contenido, aferir, a la luz del principio constitucional de presunción de inocencia (art. 5º, LVII, de la Constitución Federal de 1988), si efectivamente están presentes los requisitos de la prisión cautelar, esculpidos en el art. 312 del Código de Proceso Penal, de forma a, así, autorizar su decretación. La nueva redacción del art. 2º, II, de la Ley 8072/90, determinada por la Ley 11.464/07, pasó a declarar la incapacidad sólo de la fianza (libertad provisional con fianza), cuya prohibición se deriva directamente del enunciado insertado en el art. 5º, XLIII, de la Constitución Federal brasileña. Hasta porque, puntúa pontua Rômulo de Andrade Moreira, el

art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, ao tratar dos crimes hediondos, impede, apenas e tão-somente, a fiança, a graça e a anistia, não se referindo à liberdade provisória. Logo, lei infraconstitucional não poderia ir além, arvorando-se ao constituinte originário, proibindo também a possibilidade da liberdade provisória.⁹⁷²

En ese sentido, desde la entrada en vigor de la Ley 11.464/07, en no habiendo obstáculo legal a la concesión de la libertad provisional sin fianza para crimen horrendo y semejante que, en el cuadro de infracciones penales tipificadas en el ordenamiento jurídico-penal brasileño, constituyen las de mayor gravedad, no se justifica la permanencia de las prohibiciones genéricas a tal prerrogativa, previstas en el art. 7º, de la Ley 9.034/95 (Crimen Organizado), en el art. 3º, de la Ley 9.613/98 (Lavado de Dinero), en el art. 21, de la Ley 10.826/03 (Estatuto del Desarme) y en el art. 44, *caput*, de la Ley 11.343/06 (Ley de Tóxicos). Ocurrió, así, la revocación tácita de esas normas restrictivas a la otorga de la libertad provisional, debiendo, en ese aspecto, la Ley 11.464/07, por ser más benéfica y atañer directamente el “*status libertatis*” del sujeto infractor, tener plenos efectos

⁹⁷² MOREIRA, Rômulo de Andrade. As alterações na Lei dos Crimes Hediondos – A Lei nº 11.464/2007. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, Ano VIII, n. 44, p. 192, 2007.

retroactivos. Se trata de regla normativa que versa sobre la libertad provisional y que, pese a ser de naturaleza procesal, ostenta un claro contenido substantivo, siendo clasificada, de esa forma, en la categoría de normas procesales penales materiales, mixtas o híbridas. Sobre el tema, aclara Taipa de Carvalho que, desde una concepción de *“hermenêutica teleológico-material determine-se que à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroactividade da lei desfavorável e o da retroactividade da lei favorável”*.⁹⁷³ Siendo así, la posibilidad de atribución de la libertad provisional para los autores de las supra mencionadas infracciones penales cabe para todos los delitos cometidos antes de la entrada en vigor de la Ley 11.464/07, ocurrida en el día 29 de marzo de 2007. Registra Carla Campos Amico, sobre el asunto, que, *“nessas hipóteses, a necessidade da prisão provisória deve ser aferida no caso concreto e deverá subsistir quando presentes os requisitos da cautelaridade (instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade e efetividade do processo)”*.⁹⁷⁴

Todo eso demuestra lo cuanto no fue acogida por parte del legislador una línea de política criminal homogénea cuando de la producción de la Ley 11.464/07, pues que su meta inicial era fijar una agudización de la intervención penal en el correspondiente a los crímenes horrendos y semejantes, para atender al clamor social y mediático en el sentido de un endurecimiento general del sistema punitivo. Efectivamente, la supresión de la prohibición de la libertad provisional contrarió el espíritu represor inicial que movió la construcción de la nueva ley. Sin embargo, la explicación se puede buscar en el hecho de que, recuerda Reinaldo Daniel Moreira,

segundo noticiado pela imprensa, grande parte dos parlamentares não deu conta exatamente da matéria e do alcance das alterações que estavam votando. Segundo registrou a *Folha de S.Paulo* de 09 de abril de 2007, o debate no Congresso fora dominado pela progressão de regime, e a possibilidade de liberdade provisória foi relegada a segundo plano, não chegando sequer a ser discutida. A consequência é que, na votação, ocorrida de maneira simbólica em 14 de fevereiro, sem votos contrários e em meio a aplausos e discursos entusiasmados, sempre voltados para o endurecimento da progressão de regime, mesmo parlamentares que se dizem contrários à concessão de liberdade provisória votaram

⁹⁷³ TAIPA de CARVALHO, Américo. **Sucessão de Leis Penais**. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 219-220.

⁹⁷⁴ AMICO, Carla Campos. **Inovações decorrentes da Lei nº 11.464/07** ..., p. 3.

favoravelmente. Alguns congressistas chegaram a admitir que houve equívoco na votação. São as consequências da emergência penal.⁹⁷⁵

Por fin, se debe registrar que la Ley 11.464/07 no focalizó la cuestión del liberación condicional para los condenados por crímenes horrendos, tráfico ilícito de estupefacientes, tortura y terrorismo, de modo que deben seguir siendo empleadas las reglas anteriores, presentes en el art. 83, V, del Código Penal (añadido por el art. 5º, de la Ley 8072/90) y art. 44, § único, de la Ley 11.343/06 (Lei de Tóxicos), habiendo la necesidad, para la concesión de ese beneficio ejecutorio, del cumplimiento de más de dos tercios de la pena, salvo si el penado no sea reincidente específico en delitos de esa naturaleza, hipótesis en que quedará privado de esa prerrogativa. Se observa que si el condenado por crimen de ese género sea reincidente, para avanzar de régimen tendrá que cumplir 3/5 de la pena, independientemente de la especie de reincidencia en que estea insertado, conforme dispone la nueva Ley 11.464/07. Pero si el agente sea reincidente específico en crímenes horrendos o semejantes, quedará impedido de la obtención de la liberación condicional, en los términos del art. 83, V, del Código Penal, pudiendo, así, sólo avanzar de régimen, una vez rellenos todos los presupuestos legales. Caso la reincidencia haya sido en virtud de cometimiento anterior de delito de otra naturaleza, es decir, no horrendo o semejante, el condenado tendrá derecho no sólo a la progresión de régimen (art. 1º, de la Ley 11.464/07) como, también, a la liberación condicional, observándose las exigencias legales del art. 83, del Código Penal. Véase que para lograr la liberación condicional en tales situaciones delictivas, además del requisito ya expuesto, es necesario, de acuerdo con el art. 83, del Código Penal, que el penado tenga comprobado comportamiento satisfactorio en la ejecución de la pena, buen desempeño en el trabajo que le atribuyeron, aptitud para proveer su propia subsistencia a través de trabajo honesto (art. 83, III, del Código Penal); haya reparado el daño causado por la infracción, salvo imposibilidad de hacerlo (art. 83, IV, del Código Penal) y, si fuera delito doloso ejecutado con violencia o grave amenaza a la persona, es imprescindible la constatación de

⁹⁷⁵ MOREIRA, Reinaldo Daniel. Discursos penais de emergência e as recentes alterações na Lei de Crimes Hediondos promovidas pela Lei 11.464/2007. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 15, n. 174, São Paulo, p. 17-18, 2007.

condiciones personales que hagan presumir que el liberto no volverá a delinquir (art. 83, § único, del Código Penal).

15.3.5 Divergencias Doctrinales y Jurisprudenciales acerca de la Mayorante de Pena del art. 9º, de la Ley 8072/90

Otro aspecto en que visualizamos afrente al principio del “*ne bis in idem*” es sobre el empleo de la causa de aumento de la pena prevista en el art. 9º, de la Ley 8072/90. Dispone mencionado dispositivo legal de la Ley de los Crímenes Horrendos que

as penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, §3º, 158, §2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

De esa forma, el art. 224 pasó a desempeñar dos funciones, una referente a la determinación de la presunción de violencia, en los delitos contra las costumbres, circunstancia en que ya apuntamos nuestras contrariedades; la otra como causa de aumento de pena, en las hipótesis indicadas en el art. 9º, de la Ley de los Crímenes Horrendos.

Se verifica, por lo tanto, que el legislador creó una mayorante basada en las circunstancias indiciales presentes en el art. 224, del Código Penal, que incurrirá no sólo sobre los autores de delitos de clasificación sexual, violación y atentado violando al pudor, pero, igualmente, en relación a los que cometieron los delitos de robo con homicidio, de extorsión cualificada por muerte y de extorsión mediante secuestro. Véase que en esas figuras delictivas la violencia ya está inculcada en la acción física desarrollada por el agente, de modo que si el fundamento jurídico que el legislador utilizó para la construcción de esa causa de aumento de pena fue la situación de violencia que se *presume* en los casos del art. 224, del Código Penal,

habría aquí un manifestado “*bis in idem*”. Isto porque la violencia estaría funcionando simultáneamente como elemento configurador de la figura típica y también como factor elevador de la sanción penal.

En el caso, por ejemplo, de la extorsión mediante secuestro, el legislador brasileño ya dispuso en el párrafo 1º, del art. 159, del Código Penal, una cualificadora si el secuestrado es menor de dieciocho años de edad. De ese modo, si la víctima sea menor de catorce años, en consecuencia de ese mismo facto, edad del ofendido, incidirá una cualificadora (art. 159, §1º, del Código Penal) y una mayorante (art. 9º, de la Ley 8072/90), considerando que ella se encuentra abarcada por el art. 224, alínea “a”, del Código Penal. Con eso, enseña correctamente João José Leal que,

praticado um crime desta espécie, contra menor de 14 anos, é claro que a causa de aumento prevista no art. 9º da LCH não poderá incidir sobre o tipo qualificado pela mesma circunstância fática (menoridade da pessoa seqüestrada), por força do princípio geral do non bis in idem, ou da proibição da dupla reprimenda pelo mesmo fato. Neste caso, deve-se reconhecer que a causa de aumento fica prejudicado, não podendo incidir para majorar o que, por força de uma circunstância maior (a qualificadora), já foi aumentado.⁹⁷⁶

Además de eso, en caso de extorsión mediante secuestro con resultado muerte, para el cual el art. 159, párrafo 3º, del Código Penal conmina pena de reclusión de 24 a 30 años, tratándose de víctima menor de catorce años, se tendría la absurda situación de una infracción penal que, ante a la determinación del art. 9º, de la Ley 8072/90, pasaría a tener sus límites punitivos fijados entre 36 y 45 años. De ese modo, registran Luiz Flávio Gomes y Alice Bianchini, “*como a pena máxima, conforme determina o próprio art. 9º, não pode ultrapassar 30 anos, resulta que os limites mínimo e máximo são igualados, o que ofende, inclusive, o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF)*”.⁹⁷⁷

⁹⁷⁶ LEAL, João José. **Crimes Hediondos**..., p. 146.

⁹⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na Era da Globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.

En lo que tiene que ver con los delitos contra las costumbres no estamos de acuerdo con aquellos que defienden la idea de aplicabilidad de esa causa de aumento de pena en las hipótesis en que los delitos de violación y de atentado violento al pudor se concreticen con violencia presunta (art. 224, del Código Penal), tal como ya fue dicho, por ejemplo, sostenido en el Supremo Tribunal Federal.⁹⁷⁸

Si la condición de la víctima ya constituyó el factor determinante de la composición del tipo penal de delito sexual, estimulando la presunción de violencia, no puede ser ella considerada nuevamente por el juez, de esa vez para funcionar como factor que va a mayorar la pena, como estipula el art. 9º, de la Ley 8072/90, bajo pena de representar una operación judicial inequívocamente violadora del principio del “*ne bis in idem*”.

Para Júlio Fabbrini Mirabete “essa causa de aumento de pena só pode incidir nas hipóteses em que ocorreu violência real ou ameaça, e não nos casos em que se presumiu a violência”.⁹⁷⁹

Concluyendo, entendemos que la causa del aumento de pena prevista en el art. 9º, de la Ley 8072/90, no puede ser aplicada en ninguna hipótesis, sea en el caso de los delitos sexuales o en relación a los otros ilícitos que están nominados en su redacción, por representar, referido contenido normativo, una manifestación nefasta de “*bis in idem*”.

En el mismo sentido, en parecer memorable, a pesar de haber sido voto vencido, se pronunció el desembargador del Tribunal de Justicia de São Paulo, Luiz Betanho, al afirmar que

o art. 9º da Lei 8072/90 adota como causa de aumento de pena fato já considerado como elemento constitutivo de tipos básicos ou de formas qualificadas. O art. 9º, em questão, é uma causa especial de aumento de pena, para as hipóteses de violência presumida. Sucede que a violência (real ou ficta) já foi considerada como elemento constitutivo do tipo básico, todas as vezes em que é invocado o art. 224 do CP, de onde se conclui que o legislador, no fundo, estabeleceu um bis in idem, considerando uma

⁹⁷⁸ STF - 2ª Turma – HC 74.780-9 – Rel. Maurício Corrêa – j. 11.11.1997 – DJU 06.02.1998, p. 3 ; STF – 1ª Turma – HC 76.004-7 – Rel. Ilmar Galvão – j. 19.05.1998 – DJU 21.08.1998, p. 2.

⁹⁷⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**..., v. 2, p. 439.

segunda vez a mesma circunstância para a agravação da pena, o que é jurídicamente inadmissível.⁹⁸⁰

15.3.6 Repercusiones Revocatorias en la Ley de los Crímenes Horrendos con el Surgimiento de la Ley de Tortura

Hemos visto que la Ley 9455/97 en su art. 1º, párrafo 7º, estipuló que el condenado por crimen de tortura, salvo en la hipótesis del párrafo 2º, de ese mismo dispositivo, que trata del agente que se omite en faz de las conductas configuradoras de la tortura, cuando tenía el deber de evitarlas o apurarlas, deberá iniciar el cumplimiento de la pena en régimen cerrado. Teniendo solamente fijado como régimen inicial el cerrado, implícitamente permite la progresión, una vez rellenos los requisitos legales.

A partir de esto, parte de la doctrina brasileña ha defendido la tesis de que esa norma vino a revocar tácitamente el art. 2º, párrafo 1º, de la Ley 8072/90, que determina que los condenados por crimen horrendo o asemejados (tráfico ilícito de estupefacientes y terrorismo), deberán cumplir la pena privativa de libertad integralmente en régimen cerrado (dispositivo legal que, conforme hemos visto, recientemente fue declarado como inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal, en la apreciación del *Habeas Corpus* nº 82.959). Tal restricción fue definitivamente alejada con la entrada en vigor de la Ley 11.464/07, que, conforme hemos visto, fijó sólo la necesidad de los condenados por crímenes horrendos o semejantes iniciaren el cumplimiento de la pena de prisión en el régimen cerrado, no habiendo más, por lo tanto, óbice al avance del régimen. Además de eso, decidimos mantener la estructura del presente tópico para reforzar la tesis de la ausencia de una argumentación plausible que justifique la prohibición del avance del régimen, orientación que, a pesar de ya rechazada legalmente con el hecho de la Ley 11.464/07, sigue con muchos simpatizantes en diversos sectores, incluso en el seno del Supremo Tribunal Federal. No se puede olvidar que la declaración de inconstitucionalidad en el STF de la norma que determinaba la prohibición del

⁹⁸⁰ TJSP – Ap – Voto vencido: Luiz Betanho – RT 691/303.

avance del régimen para condenados por crímenes horrendos o semejantes fue decidida por seis votos contra cinco, tal como destacamos anteriormente, lo que bien muestra la división de entendimientos acerca del tema.

Con la entrada en vigencia de la Ley 9455/97, la duda que surgió fue sobre la voluntad de la ley. ¿Sería simplemente la de definir con precisión las formas de tortura y dar un tratamiento penal específico más blando que el atribuido a los crímenes horrendos, de tráfico ilícito de estupefascientes y terrorismo, o al contrario, tendría por objetivo extender también a esos delitos, equiparados a los de tortura, un tratamiento restrictivo penal y procesal penal similar?

El penalista italiano Giuseppe Bettiol, disertando sobre las tendencias hermenéuticas dirigidas a la apuración de la voluntad de la ley, después de referir que ésta, posteriormente haya completado el proceso de su formación, sería independiente no sólo del querer del legislador, pero *“anche dal complesso di condizioni storico-ambientali che l'hanno determinata”*, acrescenta: *“la legge non va considerata in senso rigido, ma in senso flessibile in quanto esprime una volontà che si adegua alle nuove situazioni e possibilità”*.⁹⁸¹

Y sigue:

L'interpretazione non va, quindi, considerata come un'attività che si manifesta al di fuori del tempo e dello spazio, ma come un operare incardinato - sin tanto che la norma non sia stata abrogata - nell'ambiente storico nel quale la il giudice vive e agisce. Già si vede, quindi, come sulla purezza di un giudizio logico antistorico reagisca l'ambiente sociale nel quale la norma deve trovare applicazione. Ma gli è che di una logica astratta non è il caso di parlare a proposito dell'interpretazione della norma penale. Se il compito è di ricercare il significato di un volere racchiuso nel cuore della norma, non si coglie il volere stesso sul filo di un procedimento logico-formale, perchè il volere della norma presenta una direzione finalistica in quanto tutela di un valore. Anche la logica dell'interprete deve essere indirizzata verso questo valore che dà tono e caratteristica al volere della norma, deve essere quindi una logica finalistica, una teleo-logica.⁹⁸²

⁹⁸¹ BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penale**. Palermo: Gaetano Priulla, 1962. Parte Generale. p. 110.

⁹⁸² Idem, ibidem.

De esa forma, para llegar a una conclusión sobre la cuestión suscitada, tenemos que partir nuestro análisis de la norma prevista en el art. 5º, XLIII, de la Constitución Federal de 1988. En tal dispositivo encontramos la determinación de que la ley ordinaria fijase trato diferenciado a algunas categorías de delitos clasificados como muy graves, que son la tortura, terrorismo, tráfico ilícito de estupefascientes y los definidos como horrendos. Se nota que el primer crimen que surge en el dispositivo constitucional fue la tortura, probablemente por entenderse como el más grave de todos ellos.

Con relación a las reglas jurídicas establecidas, tenemos la prohibición de la concesión de fianza, amnistía y gracia a los acusados y condenados por tales delitos, que fueron obedecidas fielmente por la Ley 8072/90. Pero el legislador infraconstitucional resolvió, inspirado en las directrices del movimiento de la “Ley y del Orden”, extrapolar las limitaciones constitucionales e impuso a los condenados por esos delitos otras restricciones: el cumplimiento de la pena privativa de libertad integralmente en régimen cerrado; la prohibición del indulto y de la concesión de libertad provisional; el aumento del plazo de prisión temporal; la determinación de que el juez decida fundamentalmente sobre el derecho de apelar en libertad; la mayorante de las sanciones de varios crímenes horrendos y la previsión de nuevas causas de aumento de pena.

Pasados varios años ya de la vigencia de la Ley 8072/90, constatamos el fracaso de sus propósitos, pues el tratamiento más severo que fue fijado, con el objetivo de contener la práctica de esas conductas en la sociedad no produjo los resultados pretendidos y, además de eso, acabó generando el incremento de las rebeliones y motines en los presidios, bien como el aumento considerable de las fugas. Señala Francisco de Assis Toledo, criticando el dispositivo legal que impone el cumplimiento de la pena privativa de libertad en régimen cerrado integral, que referida determinación “*é fruto - só pode ser isso - da mais completa ignorância a respeito do sistema progressivo de execução da pena adotado pela reforma penal brasileira de 1984*”.⁹⁸³

⁹⁸³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Crimes Hediondos**..., p. 68.

Según el, la referida progresividad permite

uma concreta esperança, para todo condenado, no sentido de poder conquistar, por seu próprio esforço, a liberdade, bem inalienável de todo ser humano. Essa esperança na liberdade que, para o preso, deve significar uma conquista, é o único ingrediente, de que se pode valer o aparelhamento penitenciário para impregnar a execução da pena de algum utilitarismo, de sorte a não transformá-lo em mero castigo, dentro de algum retributivismo kantiano, formal e desalmado. É lamentável que um legislador desatento e mal assessorado tenha retirado da Administração da Justiça esse precioso instrumento de manutenção da disciplina no interior dos estabelecimentos penais. Sim, porque, sem o benefício do sistema progressivo, o condenado só terá um caminho para antecipar a liberdade: a rebelião ou a fuga.⁹⁸⁴

La Ley 9455/97 nació en un momento en que la Ley 8072/90 estaba completamente descreída por la doctrina jurídica nacional y en la sociedad de una forma general. En esos términos Ney Moura Teles sostiene que la nueva ley vino al mundo

não só para definir os tipos de tortura, mas ainda para revogar alguns dispositivos da Lei 8072/90, acabando com suas imperfeições, seus defeitos, sua rigidez, sua severidade, sua brutalidade, sua estupidez, enfim, suas ignominiosas restrições aos mais mezinhos direitos processuais dos acusados. Veio para corrigir o que estava errado, para erradicar os abusos, para riscar da história do Direito Penal brasileiro um tempo de terror, de desnecessária e brutal violência legal, para apagar dispositivos que feriram a Constituição não poucas vezes.⁹⁸⁵

Analizando la Ley 9455/97, constatamos que ella impuso, en el art. 1º, párrafo 1º, para el crimen de tortura las mismas restricciones constantes en el precepto constitucional del inciso XLIII, del art. 5º, o sea, la no afianzable y la insusceptibilidad de gracia o amnistía, silenciando acerca del indulto.

⁹⁸⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Crimes Hediondos...**, p. 68-69.

⁹⁸⁵ TELES, Ney Moura. Op. cit., v. 2, p. 63.

En el párrafo 7º hizo referencia expresa de que la ejecución de la pena privativa de libertad para el condenado por la práctica de tortura deberá ser iniciada en el régimen cerrado, o que, por consecuencia, no inviabiliza la progresión.

Sobre la libertad provisional, al derecho de apelar en libertad, a la dilatación del tiempo para obtener la libertad condicional y al plazo de prisión temporal fue silente, porque deseó que fuesen aplicadas las normas generales del Código Penal, Código de Proceso Penal y las de la Ley 7960/89 (ley que dispone sobre la prisión temporal y que fija como plazo solamente cinco días, prorrogable por igual período en caso de extremada y comprobada necesidad).

Ney Moura Teles sostiene con propiedad que mediante la utilización de los principios de la isonomía, de la equidad y, principalmente, a través de una interpretación finalística, la Ley 9455/97 habría revocado tácitamente el art. 2º, de la Ley 8072/90, pues según el *“se o preceito constitucional equiparou os quatro gêneros de crimes, impondo-lhes restrições que não impôs, em conjunto, a qualquer outro gênero de crimes, cabe ao legislador ordinário dar tratamento igualitário a todos esses gêneros de crimes”*.⁹⁸⁶

Por lo tanto, los crímenes horrendos, la tortura, el tráfico ilícito de estupefascientes y el terrorismo que son equiparados por la Carta Magna deben ser tratados de forma similar, de modo que las restricciones de naturaleza procesal y penal deben ser las mismas. Resalta, por fin, Ney Moura Teles, que si la Ley 9455/97 no tuviese revocado el art. 2º, de la Ley 8072/90, tendríamos efectos diferenciados e inaceptables para delitos asemejados, pues, por ejemplo, los crímenes horrendos serían no afianzables, insusceptibles de indulto, gracia o amnistía, con la imposibilidad de libertad provisional, o cumplimiento de la pena privativa de libertad serían en régimen cerrado integral y la prisión temporal sería por plazo de treinta días; ya el delito de tortura sería no afianzable, insusceptible de gracia o amnistía, con la posibilidad de concesión de indulto y de libertad provisional, el condenado podría avanzar de régimen penitenciario y el plazo de prisión temporal sería por cinco días. En fin, delitos con potencial ofensivo equivalentes, pero con

⁹⁸⁶ TELES, Ney Moura. Op. cit., v. 2, p. 63-64.

consecuencias jurídicas diversas, contrariando completamente la finalidad isonomica de la Constitución Federal de 1988. Cabe subrayar nuevamente que la reciente Ley 11.464/07 retiró las prohibiciones del avance de régimen y concesión de libertad provisional para autores de crímenes horrendos o semejantes.

El profesor Oswaldo Henrique Duek Marques, al tratar de la equiparación que la Constitución Federal de 1988 fijó entre los crímenes horrendos y la tortura, aclara con acierto que

se com a nova lei, a tortura passou a ter tratamento mais brando, no que concerne à possibilidade de liberdade provisória, de indulto, de progressividade nos regimes prisionais, nada impede possa dar-se uma interpretação sistemática, para estabelecer o tratamento mais benéfico aos crimes previstos na Lei 8072/90. Com isso, estaria resguardada, de um lado, a coerência interna no ordenamento jurídico, diante de crimes equiparados pelo legislador. De outro, tornar-se-ia possível a progressividade dos regimes em todos os crimes, o que estimularia a ressocialização do condenado, finalidade especificada no Código Penal e na Lei de Execução Penal.⁹⁸⁷

Reforzando la tesis de que la imposibilidad de progresión de régimen para los crímenes horrendos, el terrorismo y el tráfico ilícito de estupefascientes dejó de existir, basándose en tales argumentos, expone Alberto Silva Franco que

a extensão da regra do parágrafo 7º, do art. 1º, da Lei 9455/97, para todos os delitos referidos na Lei 8072/90, equaliza hipóteses fáticas que estão constitucionalmente equiparadas e, restabelece, em sua inteireza, a racionalidade e a sistematização do ordenamento penal. Além disso, representa uma tomada de posição do legislador ordinário em sintonia com o texto constitucional.⁹⁸⁸

En el Superior Tribunal de Justicia, a través de la consideraciones cualificadas del Ex-Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, se decidió de forma unánime que

⁹⁸⁷ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. Op. cit., p. 07.

⁹⁸⁸ SILVA FRANCO, Alberto, SILVA JÚNIOR, José, BETANHO, Luiz Carlos et al. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2, p. 590.

a Lei 9455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei 8072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, a progressão de regimes.⁹⁸⁹

Hay que mencionar también, una decisión interesante proferida por el Juez Prieto de Souza, en juzgado unánime de la 5ª Turma del Tribunal Regional Federal de la 3a. Región, que consagró la posibilidad de progresión en el régimen penitenciario para los crímenes horribles y asemejados con base en el dispuesto en el art. 7º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que veda la submisión del ciudadano a penas crueles, inhumanas o degradantes.⁹⁹⁰

En sentido contrario, sostienen Alexandre de Moraes y Gianpaolo Poggio Smanio que

a Lei 9455/97 é especial em relação à Lei 8072/90 referindo-se tão-somente e especificamente ao delito de tortura, não tendo, pois, o condão de derogar normas expressas referentes aos demais crimes hediondos e assemelhados. Note-se, ainda, que as previsões de cumprimento da pena integralmente em regime fechado e a impossibilidade de concessão de indulto para os crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo foram estabelecidas infraconstitucionalmente, e, como tal, não necessariamente devem guardar total sintonia com as regras previstas para o delito de tortura, permanecendo, pois, com integral vigência. Diversa é a hipótese que se refere às consequências constitucionais para os crimes hediondos e assemelhados - vedação de graça ou anistia e de concessão de fiança - em que o próprio legislador constituinte determinou um tratamento paritário a todas as infrações penais definidas como hediondas, ao tráfico ilícito de entorpecentes, à tortura e ao terrorismo.⁹⁹¹

Con igual posicionamiento el Plenario del Supremo Tribunal Federal denegó pedido de *habeas corpus* en que se pretendia la aplicación de la Ley 9455/97 al reo condenado por robo con homicidio, para posibilitar la progresión, afirmando que tal

⁹⁸⁹ Resp. n. 130.617-GO - j. em 12/09/97 - DJ 29/09/97 - Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais N. 60, novembro de 1997.

⁹⁹⁰ Apelação Criminal n. 97.03.032957 - DJ 26/05/98.

⁹⁹¹ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit., p. 58.

ley no derogó el art. 2º, párrafo 1º, de la Ley 8072/90.⁹⁹² Sobre el tema, el Supremo Tribunal Federal edictó una Súmula, de n. 698, exteriorizando el posicionamiento de que “*não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura*”. Veáse que referida Súmula perdió sentido a la medida que, conforme ya subrayamos, el Plenario del Supremo Tribunal Federal, en decisión de 23/02/2006, en el *Habeas Corpus* nº 82.959, interpretó como siendo inconstitucional la norma del art. 2º, § 1º, de la Ley 8072/90, por infringir los principios de la individualización de la pena, de la humanidad y de la dignidad humana.

Hay otra tesis que puede ser empleada para alejar la determinación legal que impide la progresión del régimen penitenciario para los crímenes horrendos, tráfico ilícito de estupefascientes y terrorismo. Es que en 1995 fue publicada la Ley 9034, que dispone sobre la utilización de medios operacionales para la prevención y represión de acciones cometidas por organizaciones criminales, definiendo y regulando medios de prueba y procedimientos investigatorios que versan sobre delitos resultantes de acciones de cuadrilla o bando. Esa ley, fijó, en el art. 10, la regla de que los condenados por delitos cometidos en el seno de una organización criminal iniciarán el cumplimiento de la pena en régimen cerrado, o sea, previó una norma similar a la que está en la Ley de la Tortura. Así, sería extraño y contrario a los modernos principios hermenéuticos, por ejemplo, que el tráfico ilícito de estupefascientes cometido a través de asociación criminal organizada pueda recibir tratamiento punitivo más blando, se permitiendo la progresión de regímenes, conforme dispone la Ley 9034/95, que áquel que es concedido al agente que comete esa misma conducta, sólo que de forma solitaria. Esta última situación, de la práctica de ese delito sin el concurso organizado de personas, en los términos de la Ley 8072/90, haría con que el condenado tuviese de cumplir la pena privativa de libertad integralmente en régimen cerrado.

Referida ausencia de razonabilidad fue igualmente percibida por Tupinambá Pinto de Azevedo cuando afirma que

⁹⁹² HC 76.371-SP-Relator originário Ministro Marco Aurélio, red. para o acórdão Ministro Sydney Sanches, 25/03/98 - Informativo STF n. 104 – Capa.

seria totalmente ilógico que o quadrilheiro – praticando, por exemplo, extorsão mediante seqüestro – fosse beneficiado pela progressão, ficando o autor solitário submetido a regime fechado “todo o tempo”. A aplicação da lei não pode levar à incongruência. Muito menos, à injustiça. A única conclusão possível é a da revogação do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos.⁹⁹³

En el mismo sentido se encuentra, aún, Flávio Augusto Monteiro de Barros para quien referido aspecto constituye el argumento más solido para permitir la progresión de regímenes penitenciarios en estas situaciones, pues, según él, el crimen organizado “*seja ou não hediondo, a lei não distingue, admite a progressão, portanto o crime hediondo não organizado, com mais forte razão, também deve admiti-la*”.⁹⁹⁴

Acerca del tema, la 2ª Cámara del Tribunal de Alzada del Estado de Rio Grande do Sul, teniendo como Relator el Desembargador Tupinambá Pinto de Azevedo, proferió la siguiente decisión:

Progressão de regime. Crime hediondo. Norma constitucional que cerceia direitos ou garantias deve ser interpretada restritivamente, inclusive pelo legislador ordinário. O princípio da individualização da pena deve ser observado também na fase da execução, sendo absolutamente ilegítima a consideração do fato delituoso para fins de concessão dos benefícios executórios. A lei de combate ao crime organizado prevê “início” de cumprimento da pena, seja qual for o crime decorrente de quadrilha ou bando, em regime fechado, e a recente Lei de Tortura, crime equiparado aos hediondos, “autoriza a progressão”, com o que está, diante do princípio isonômico, perdida a eficácia do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei dos Crimes Hediondos.⁹⁹⁵

Por último se tiene que registrar solamente que referida Ley 9034/95, de acuerdo con lo establecido en su art. 1º, tiene como objetivo definir y regular medios de prueba y procedimientos investigatorios que versen sobre “*ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações*”

⁹⁹³ AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Crimes Hediondos e Regime Carcerário Único: Novos Motivos de Inconstitucionalidade. In: CARVALHO, Salo de (org). **Crítica à Execução Penal. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 593.

⁹⁹⁴ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Op. cit., p. 377.

⁹⁹⁵ Agravo, Relator Tupinambá Pinto de Azevedo, julgamento em 07/08/1997.

criminosas de qualquer tipo". Se percibe, sin embargo, que no hay un vínculo estrecho de identidad entre la definición tipologica del delito de cuadrilla o bando, presente en el art. 288, del Código Penal, ya mencionado anteriormente, y la noción de organización criminal, que en ningún momento fue manifestada, con la descripción precisa de sus elementos conceptuales, en el ordenamiento jurídico-penal brasileño. Hasta porque, como señala Zaffaroni, "*é claro que quem fala de crime organizado não está se referindo a qualquer pluralidade de agentes nem a qualquer associação ilícita, senão a um fenômeno distinto, que é inconcebível no mundo pré-capitalista, onde não havia empresa nem mercado na forma em que os conhecemos hoje*".⁹⁹⁶ Ante a eso, se muestra como siendo inconstitucional el mencionado art. 1º, por violar el principio de legalidad, en el aspecto de taxatividad. De esa forma, sugieren Abel Fernandes Gomes, Geraldo Prado y William Douglas que "*a solução para obviar a situação de déficit de definição está em escolher entre aplicar a lei a todos os casos de quadrilha ou bando, o que colide com o princípio constitucional da proibição do excesso, ou não aplica-la em nenhuma hipótese, ao menos até que o legislador preencha a lacuna*".⁹⁹⁷ En la misma línea de pensamiento y haciendo una importante advertencia, aduce Diogo Rudge Malan que "*é lícito supor que a vagueza do conceito de organizações ou associações criminosas de qualquer tipo pode não ser decorrente da alegada ausência de técnica do legislador brasileiro, mas sim de proposital adoção do paradigma de tipificação de condutas do Direito Penal do Inimigo*".⁹⁹⁸

Volviendo al centro de la cuestión, esos reflejos revocadores que, según tal línea hermenéutica más avanzada, las supervenientes leyes 9034/95 y 9455/97 habrían generado con respecto a los supra mencionados preceptos de la ley 8072/90 serían confirmatorios de aquella observación de Luis Recasens Siches, en su valiosísima "*Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*", conforme a la cual

⁹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: Uma categorização frustrada. **Discursos Seditiosos**. Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 1, p. 45, 1996.

⁹⁹⁷ GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. **Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 50.

⁹⁹⁸ MALAN, Diogo Rudge. Op. cit., p. 237.

una nueva disposición introducida en el Derecho legislado puede convertirse, por virtud de los efectos que la jurisprudencia le dé, en una fuente de rejuvenecimiento para el conjunto del Derecho. Votar un texto nuevo es rehacer un poco toda la legislación. Un cuerpo de Derecho posee una especie de congruencia interna: cuando varios principios contradictorios coexisten en él, se establece entre ellos una lucha que termina por una conciliación, si la conciliación es posible, y cuando ésta no lo es, por la eliminación de algunos principios incompatibles.⁹⁹⁹

⁹⁹⁹ RECASENS SICHES, Luis. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1956. p. 219.

Capítulo 16

**EL PROGRAMA DE RESOCIALIZACIÓN Y SU ANTAGONISMO CON
PRINCIPIOS. DESCREIMIENTO EN EL PROYECTO RESOCIALIZADOR Y LOS
MOVIMIENTOS REACTIVOS GENERADOS POR ELLA. OTRAS INFRACCIONES
A PRINCIPIOS DE AHÍ RESULTANTES**

16 EL PROGRAMA DE RESOCIALIZACIÓN Y SU ANTAGONISMO CON PRINCIPIOS. DESCREIMIENTO EN EL PROYECTO RESOCIALIZADOR Y LOS MOVIMIENTOS REACTIVOS GENERADOS POR ELLA. OTRAS INFRACCIONES A PRINCIPIOS DE AHÍ RESULTANTES

16.1 NOCIONES GENERALES

La corriente resocializadora atribuye una función preventiva especial a la sanción criminal: se busca, por intermedio de ella, suprimir o por lo menos reducir considerablemente los índices de reincidencia, a través de mecanismos que conduzcan a la reeducación y reinserción social de los condenados, proporcionando medios que hagan posible en el transcurrir y después de la ejecución de la pena, un *modus vivendi* en libertad armónico con las expectativas sociales de convivencia ordenada, constructiva y pacificadora. El tratamiento, enseña Juan Córdoba Roda, es concebido “*como un método destinado a reaccionar frente a una situación, de alguna manera, anormal bajo el punto de vista psicológico o social, con el propósito de lograr la readaptación social del sujeto y, en su virtud, la evitación de futuros delitos*”.¹⁰⁰⁰

Se emplea, de esa forma, una serie de instrumentos que puedan influir en los delincuentes y lograr su reinserción en la colectividad, consistentes en las más variadas formas de internamiento, con la utilización simultánea de actividades laborales, de prácticas alternativas de enseñanza y de terapia social y pedagógica. Constituye referido marco teórico, una variante de la doctrina de la prevención especial, orientación que justifica la incidencia de la pena sobre el agente infractor como instrumento de tutela de la sociedad mediante la prevención de nuevos ilícitos que el mismo pueda cometer en el futuro.

¹⁰⁰⁰ CÓRDOBA RODA, Juan. **Culpabilidad y Pena**. Barcelona: Bosch, 1977. p. 60.

Cabe reforzar que el origen moderno de esos objetivos de política criminal remiten al siglo XIX, manifestados inicialmente con la Escuela Positiva Italiana y, posteriormente, con la Escuela Moderna Alemana, el Correccionalismo y la Nueva Defensa Social, cuyos ideales resocializadores fueron acogidos por los norteamericanos y por los nórdicos, fundamentalmente con el objetivo de obtener, por intermedio de la pena, la disminución en los números elevados de reincidencia y, también, por la convicción de que las acciones delictivas estarían asociadas a factores empíricos, introyectados en la personalidad de los agentes infractores, que podrían ser extraídos a través de técnicas rehabilitadoras científicamente planificadas. Recuerda Jesús María Silva Sánchez que

en su versión más radical, las nuevas doctrinas condujeron a la sustitución de las penas por medidas de seguridad o de corrección, no sujetas a los límites tradicionales de la pena (especialmente, el principio del hecho, la proporcionalidad, la culpabilidad), sino atentas tan sólo a la constatación de una peligrosidad en el sujeto.¹⁰⁰¹

Sin embargo, acabó prevaleciendo en su seno una posición más ecléctica, aparejada por la dirección moderna de Von Liszt y por el movimiento de la Nueva Defensa Social, que pliegan la utilización de dos modalidades de sanciones penales, o sea, la pena y la medida de seguridad, ambas convergiendo al cumplimiento de funciones preventivo-especiales. Mencionada postura teórica acerca de la pena tuvo su período de pujanza, sobre todo en la década de los sesenta del siglo XX, caracterizada por fuerte optimismo reformista y resocializador de connotación liberal, consolidándose como discurso legitimador del Derecho Penal.

Pero la hegemonía de ese paradigma no duró mucho, pues después de algunos años, la concepción resocializadora ingresó en fase de declinación y alejamiento de sus presupuestos, por la constatación de la carencia de informaciones, conocimientos e instrumentales hábiles para llevar a cabo una terapia individualizadora, apta a proporcionar la recuperación eficaz del condenado. En ese sentido, informa Lon L. Fuller, conocido iusfilósofo y destacado profesor de la

¹⁰⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo...**, p. 27.

Escuela de Derecho de Harvard, que *“hasta el presente no existe una auténtica ciencia de la rehabilitación; no existe ninguna certeza en la mensuración de las posibilidades de éxito para casos individuales; ni tampoco se cuenta con un procedimiento que arroje un margen de éxito confiable”*.¹⁰⁰² Y para ilustrar el carácter mistificador de esa pretendida eficacia reintegradora social de la punición relata, jocosamente:

un observador atento, al informar sobre su visita a una institución para jóvenes con problemas de conducta narró el siguiente incidente: uno de los muchachos, que había violado una norma disciplinaria fue “obligado a permanecer de pie ante una pared mientras un chorro de agua proveniente de una manguera de incendios, de sesenta y cinco libras de presión, le era apuntado a su espalda”. Este procedimiento obedecía a la denominación de “hidroterapia”....¹⁰⁰³

Sobre la cuestión y atento a la realidad latinoamericana, observó Zaffaroni que “la ideología del “tratamiento” para la “defensa social” y todos sus matices y mezclas provocó un auge de “medidas” que nunca se cumplieron, más que como recursos para eliminar la garantía de límite, racionalidad y legalidad de las penas”.¹⁰⁰⁴

Fueron lanzadas, también, fuertes críticas a esa verdadera obsesión correccional por haber ciertos hechos delictivos, en relación a cuyos autores, debido a determinadas circunstancias, no es viable o no es necesario cualquier tipo de acometimiento terapéutico-penitenciario, mostrando la ejecución penal orientada a esa aspiración, completamente privada de sentido y razonabilidad. Sobre el tema, resalta Santiago Mir Puig que *“en algunos casos la pena no será necesaria para la prevención especial, en otros no será posible y, finalmente, en ocasiones no será lícita, y, sin embargo, sería absurda la impunidad del sujeto”*.¹⁰⁰⁵ La primera de esas situaciones se refiere a los infractores primarios u ocasionales, que manifiestan escaso o ningún potencial de recidiva criminal; la segunda está relacionada con los delincuentes habituales y plurirreincidentes, que, en la mayoría de las veces, son

¹⁰⁰² FULLER, Lon L. **Anatomía del Derecho**. Caracas: Monte Avila, 1969. p. 58.

¹⁰⁰³ Idem, p. 63.

¹⁰⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**. p. 243.

¹⁰⁰⁵ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal...**, p. 96.

contrarios a cualquier esfuerzo resocializador y, por último, hay los casos en que la terapia de la pena puede mostrarse abusiva e ilegítima, como sería la hipótesis relacionada a los delincuentes por convicción, por pensada decisión política o por expresa y planeada militancia contestataria. Se objetó, aún, como parece poco convincente, seguir hablando en Derecho Penal resocializador en países en que cerca del 85% de las penas previstas en la legislación punitiva y efectivamente aplicadas son penas pecuniarias.

Cabe destacar también que, si en la línea de la corriente resocializadora, el elemento fundamental legitimador de la aplicación de la pena, está en la comprobación de la peligrosidad del sujeto, y no en su culpabilidad apurada con base en la infracción cometida, entonces, la sanción penal sólo se mostraría indicada y justificada si estuviese dirigida a evitar la reincidencia y la tutela de la sociedad, se admitiendo, incluso, cuando pertinente, el empleo de medidas de control predelictuales. Acogida esa premisa, sería por lo tanto inevitable concluir por la total falta de necesidad de la punición, frente a agentes, mismo cuando responsables por hechos de extrema gravedad, con relación a los cuales, sin embargo, por diferentes razones, estuviese alejada cualquier posibilidad de volvieran a delinquir.

En todas esas hipótesis, cualquier esfuerzo de readaptación social, además de cuestionable a la luz del necesario respeto a la autonomía personal del agente, estaría destinado al completo malogro, una vez que iban a faltar, por entero, la aceptación y la cooperación del penado, obviamente indispensables para el éxito del programa rehabilitador, conclusión que, por cierto, iba a generar graves y perturbadoras consecuencias en la práctica punitiva. En ese contexto, aduce Jürgen Baumann, que

la imposibilidad de sustentar la teoría rígida de la prevención especial se pone claramente de manifiesto si se considera que, por ejemplo, un asesino que mata a la esposa por celos, sin tener el propósito de volverse a casar, o un escalador que queda inválido en su última hazaña, no podrían ser castigados según esta interpretación. Tampoco los delincuentes violentos nacional-socialistas podrían ser castigados en su mayor parte.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁶ BAUMANN, Jürgen. Op. cit., p. 17-18.

Por otro lado y a partir de los mismos fundamentos conceptuales, se tendría que concluir por la imprescindibilidad de castigos severos a autores de infracciones de escasa o ninguna lesividad, aunque inimputables o semiimputables, cuando sus personalidades fuesen indicativas de alta peligrosidad, lo que también resultaría en divergencias con ideas nucleares del Derecho Penal moderno.

En esta línea, añade Günter Stratenwerth que

en el caso de los delincuentes crónicos, y especialmente en de los multireincidentes en los delitos contra la propiedad, la pena dirigida exclusivamente a la prevención especial conducirá a la lesión flagrante del principio de proporcionalidad, al proponer un “encierro perpetuo”, dado que en estos casos no existen prácticamente posibilidades de resocialización; es decir, se llega a una pena cuya justificación es cada vez más dudosa aún en los casos del más alto grado de culpabilidad.¹⁰⁰⁷

Ante a ese cuadro, señala Massimo Pavarini que

el modelo correccional empieza a mostrarse cada vez menos adecuado para la resolución de los problemas para los que se había pensado y querido primariamente. Ya no puede justificarse, ante la progresiva incapacidad de garantizar la consecución de la finalidad a la que estaba destinado.¹⁰⁰⁸

Lo curioso de todo eso es que la proliferación de ese descreimiento cuanto a las posibilidades resocializadoras de la pena y la cruzada por la supresión del Derecho Penal dirigido a ese objetivo, se verificó, de forma más intensa, justamente en los países en que los programas de pedagogía preventiva especial habían sido más intensa y esperanzadamente acogidos. En esos lugares, las instituciones de cumplimiento de la pena, habían llegado a ser vistas como “mecas de tratamiento”, pero esa ilusión se va por entero y, esa etapa de confianza extrema en las virtudes terapéuticas de la pena, cede lugar al más desalentado descreimiento en los resultados del enfoque reeducador.

¹⁰⁰⁷ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal...**, p. 15.

¹⁰⁰⁸ PAVARINI, Massimo. **Los Confines de la Cárcel**. Montevideo: Carlos Alvarez, 1995. p. 76.

Advierte, por otro lado, Jesús María Silva Sánchez, que,

sin embargo, más importantes, en tanto que factores de desencadenamiento de la crisis, han sido otras observaciones. Así: 1.) Las que rechazan la “absolutización” de la idea de resocialización, que lleva a prescindir en la sanción de toda proporcionalidad con el hecho cometido, así como de las exigencias de la prevención general, tanto si ello se plasma en una condena excesivamente leve, como si resulta una excesivamente grave; 2) Las que cuestionan de modo general la posibilidad de una resocialización en condiciones de falta de libertad; y 3) Las que, también de modo general, ponen de relieve lo ilegítimo de toda intervención resocializadora, por constituir una injerencia inadmisibles en la esfera individual.¹⁰⁰⁹

16.2 FRUSTRACIONES EN LOS PROGRAMAS DE PENA RESOCIALIZADORA. LA MALOGRADA EXPERIENCIA NORTEAMERICADA Y ESCANDINAVA

La búsqueda por la pena curativa o medicinal, como ya hemos visto, representó programa principalmente seguido en los países escandinavos y en Estados Unidos y Canadá. El objetivo era alcanzar la reinserción social del delincuente. Para eso, el medio frecuentemente utilizado era la “*indeterminate sentence*”. En la sentencia condenatoria el juez se abstenía de fijar la duración de la pena, suprimiendo consideraciones acerca del hecho y de circunstancias acerca de él, que pudiesen influir en la determinación de la magnitud de la condena y en la forma de ejecución. El condenado era mantenido bajo permanente proceso de evaluación diagnóstica y de prognosis, todo asociado a constante apoyo terapéutico. La privación de la libertad debería extenderse por el tiempo necesario para alcanzar la meta resocializadora. La deliberación sobre la revocación de la pena, era atribuida a una comisión especial de acompañamiento (“*parole board*”), compuesta por psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales y otros especialistas, funcionalmente subordinados no al Judicial, pero al Poder Ejecutivo.

Puntúa Peter P. Lejins que

¹⁰⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo...**, p, 28-29.

este movimento, que se transformou em uma tendência que se desenvolveu por mais ou menos dois séculos, penetrou e radicou-se na literatura quer científica quer popular. Isso foi cristalizado sob a forma de uma orientação tradicional e progressista que os círculos intelectuais e liberais assumiam como inarredável. Nos anos sessenta a vitória do tratamento sobre a punição dos criminosos parecia conquistada. Os órgãos legislativos e as comissões de estudos, seja nos Estados Unidos, seja no Canadá, pensavam seriamente em mudar o nome dos códigos penais para códigos de reeducação (códigos correccionais).¹⁰¹⁰

Los efectos producidos por esos mecanismos extremados puestos a servicio del ideal resocializador, no se mostraron positivos. Varios inconvenientes y distorsiones fueron verificados. Entre otros, el excesivo carácter discrecional concedido a las juntas de acompañamiento. La duración de la pena y el destino de los condenados se quedaban pendientes de las liberaciones de esos organismos, que casi siempre orientaban sus pronunciamientos basados en criterios verificadores de la adaptación y de la docilidad del preso al ambiente de la cárcel, en claro desmentido a los postulados de respeto a la personalidad y a la autonomía subjetiva del condenado.

Se identificó, también, la ausencia de criterios seguros y eficaces en la medición de la recuperación de los presos y la no existencia de eslabón de proporcionalidad racional entre el hecho cometido y la sanción, además de la inobservancia de otras prerrogativas básicas. Además de eso, las técnicas reeducadoras no producían los efectos esperados, en particular en lo concerniente a la deseada profilaxis de la reincidencia criminal, poniendo bajo dudas la eficacia de todos los programas.

Se preconizó, entonces, con número siempre creciente de nuevos adeptos, el retorno al sistema tradicional, basado en la sentencia condenatoria estipuladora de la pena fija, proporcional a la gravedad de la infracción.

Los programas de tratamiento se hicieron meramente opcionales, dependientes de anuencia expresa y de la cooperación del condenado. Contrastantemente se registra creencia entusiasmada y expansiva en las sanciones

¹⁰¹⁰ LEJINS, Peter P. A Atual Crise da Política Criminal nos Estados Unidos. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 28, 1980.

con finalidad puramente represiva. Pasan a contar con la simpatía de las instituciones del gobierno, de la opinión pública y de la *mass media*, que empezaban ahora a verlas como la respuesta más racional y conveniente a las acciones delictivas.

La segunda objeción se direccionó a la propia esencia del emprendimiento resocializador y al propio concepto de tratamiento. Se reconoció que los medios utilizados para alcanzar esos objetivos, en la práctica no se mostraban idóneos y productores. Se pensó sobre el irrazonable de se esperar la obtención de condiciones favorables a la vida en libertad y en convivencia, en situación de larga clausura y de supresión total de contactos sociales, además de eso vivida en un contexto de opresiva subcultura carcelaria, estigmatizadora y proclive a generar más delincuencia.

A propósito, enseña Francisco Muñoz Conde:

en la cárcel el interno generalmente no solo no aprende a vivir en sociedad libremente, sino que, por el contrario, prosigue y aun perfecciona su carrera criminal a través del contacto y las relaciones con otros delincuentes. La cárcel cambia abiertamente al delincuente, pero generalmente lo hace para empeorarlo. No le enseña valores positivos, sino negativos para la vida libre en sociedad. Le hace perder facultades vitales y sociales mínimas exigibles para llevar una vida en libertad, y le da, en cambio, una actitud negativa frente a la sociedad.¹⁰¹¹

La crítica sobre la racionalidad del sistema de tratamiento se desdobra, aún, en otros puntos. Se ponderó, por ejemplo, no haber sentido en se intentar resocializar el delincuente para hacer con que se insiera en una sociedad fundamentalmente injusta y criminogénica, siendo razonable exatamente lo contrario: buscar la modificación de la estructura social y no del agente infractor. Refiere Borja Mapelli Caffarena que

una sociedad carente del sentimiento de solidaridad, en la que preocupa sobre todo la conservación del sistema, no tiene derecho alguno a exigir la resocialización de sus miembros. Por el contrario, la actividad delictiva

¹⁰¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. p. 99.

puede verse justificada como un comportamiento emancipador y, de hecho, es frecuente apreciar un sentimiento semejante respecto de determinados delitos.¹⁰¹²

Sostienen, también, algunos partidarios de la Criminología de orientación interaccionista y crítica que, si es la propia sociedad que produce y define las situaciones catalogadas como delictivas, es justamente ella que debe ser objeto de tratamiento intensivo y de recuperación, para que puedan ser extirpados los factores generadores de acciones delictivas. Por lo tanto, bajo la óptica de esa Criminología de clara inspiración marxista, sólo cabe se pleitear función resocializadora para las sanciones penales, a partir del momento en que sobrevinieren modificaciones radicales en las vigentes relaciones de producción capitalista. Dentro de ese contexto, pondera Alessandro Baratta que

a verdadeira “reeducação” do condenado é aquela que transforma uma reação individual e irracional, em consciência e ação política dentro do movimento da classe. O desenvolvimento da consciência da própria condição de classe e das contradições da sociedade, por parte do condenado, é a alternativa posta à concepção individualista e ética-religiosa da expiação, do arrependimento, da Sühne (castigo).¹⁰¹³

Se reportando a esos puntos de sostenimiento de los reparos a la ilusión de la pena preventiva y reintegradora, Lorenzo Morillas Cueva, acrecienta el argumento psicoanalítico que ve en el alegado fin resocializador de la sanción criminal solamente *“un mito más que ayuda a la sociedad a satisfacer sus propias necesidades consistentes en descargar los impulsos antisociales que los ciudadanos fieles al Derecho reprimen en los “chivos expiatorios” que son los criminales”*.¹⁰¹⁴

Se pone, también, aquí, la cuestión neurálgica que dice con el verdadero objetivo resocializador. ¿Está él direccionado a la conservación de los compromisos morales del grupo o simplemente a la preservación de la estructura social y del

¹⁰¹² MAPELLI CAFFARENA, Borja. Op. cit., p. 92-93.

¹⁰¹³ BARATTA, Alessandro. Criminología Crítica e Política Penal Alternativa. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 23, 1978. p. 17.

¹⁰¹⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Teoría de las consecuencias jurídicas del delito...**, p. 39.

ordenamiento jurídico? La primera alternativa apunta para la interiorización coercitiva, en el espíritu de los condenados, de las pautas comportamentales y de los valores inculcados por el poder dominante y por los estratos sociales privilegiados. Referida orientación se choca gravemente con el ideal de una sociedad diferenciada y heterogénea, donde convivan, saludablemente, variadas concepciones éticas y espirituales y visión plural del mundo, se oponiendo, por lo tanto, a un conjunto holístico y cerrado de valores y metas, impuesto, coercitivamente, como referencia sustantiva y única, para las metas de resocialización. Cabe destacar que la dicotomía *individualismo/holismo* ha sido particularmente subrayada por el antropólogo Louis Dumont, que la caracteriza, con admirable precisión y concisión, en su “*Essais sur l’individualisme*”, en estas palabras: “*quando o Indivíduo constitui o valor supremo, falo de individualismo; no caso oposto, em que o valor se encontra na sociedade como um todo, falo de holismo*”.¹⁰¹⁵

De esa forma, atrás del proyecto rehabilitador, vislumbrado según esta primera dirección, se encuentran inconfesables propósitos e implicaciones de orden moral y orientaciones de control social amplio y difuso, que hacen de los condenados objetos de fuerte manipulación.

La segunda opción para el programa de tratamiento sería aquella que, sin el objetivo de intromisión en la subjetividad del penado, únicamente se propusiese a orientarlo en el sentido de, sin abdicar de sus convicciones, adoptar, para la etapa post-cárcel de su vida, modos de comportamiento capaces de evitar enfrentamientos e inútiles sufrimientos, personales y sociales.

Esa propuesta igualmente presenta contornos defectuosos y presupuestos falsos, sectarios e indemostrables. Ni todos los delincuentes son seres peligrosos, antisociales, enfermos, perversos, irremisibles determinados a la delincuencia. Ni todos ostentan patologías a reclamar complejas intervenciones terapéuticas. Como enseña Alessandro Baratta, para este equivocado paradigma defensista, basado en el criterio de la separación taxativa entre el bien y el mal, “*o delito é um dano para a*

¹⁰¹⁵ DUMONT, Louis. **O Individualismo**. Uma Perspectiva Antropológica da Ideologia Moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 37.

sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem".¹⁰¹⁶ El hecho de haber el autor infringido las normas penales, ni siempre denota actitud de revuelta y de rumpimiento total o definitivo de todos los eslabones con la sociedad y con su conjunto de valores. La prueba de eso se tiene en la delincuencia económica, en la "white collar criminality", en la corrupción administrativa y política y en otras manifestaciones similares. En tales ocurrencias, sus protagonistas, a rigor, no expresan ni antagonismo, ni desadaptación total a los valores y a las aspiraciones dominantes. Su criminalidad, en la mayoría de las veces, no viene de los valores y metas eligidas, pero en la estrategia no convencional, innovadora y nociva de los medios utilizados para alcanzar sus objetivos.

Por otro lado, se reportando a la característica de ubicuidad de la delincuencia, advirtió, Hans-Heinrich Jescheck, que las "nuevas técnicas de investigación de la cifra oscura han confirmado la creencia de que la criminalidad no se limita a grupos marginales de la sociedad, sino que se halla mucho más ampliamente difundida de lo que, en general, se cree".¹⁰¹⁷

Esa posición encuentra refuerzo en la conocida tesis durkheimiana, y según la cual constituye la delincuencia fenómeno social normal, a punto de se poder aseverar que la única diferencia entre la acción delictiva y la actividad armónica con el Derecho, está en la circunstancia de que, en la primera hipótesis, el sujeto se vio involucrado en las redes del control estatal, en cuanto que en la segunda, pudo mantenerse al margen de él.

Estas ponderaciones de Émile Durkheim se hicieron célebres:

em primeiro lugar, o crime é normal porque seria inteiramente impossível uma sociedade que se mostrasse isenta dele. Como mostramos noutra parte, consiste o crime num ato que ofende certos sentimentos coletivos dotados de energia e nitidez particulares. Para que os atos reputados

¹⁰¹⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 42.

¹⁰¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal. **Doctrina Penal**, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, año 2, n. 5-8, p. 465, 1979.

criminosos numa sociedade dada possam deixar de ser cometidos, seria preciso que os sentimentos que eles ferem fossem encontrados em todas as consciências individuais sem exceção, e com o grau de força necessária para conter os sentimentos contrários. Ora, supondo que esta condição se pudesse efetivamente realizar, o crime só com isso não desapareceria, apenas mudaria de forma; pois a própria causa, que assim esgotaria as fontes da criminalidade, abriria imediatamente outras.¹⁰¹⁸

Según esa innovadora visión sociológica, no hay, por lo tanto, relación necesaria y condicionante entre las manifestaciones delincuenciales y el carácter disocializado o desadaptado de los agentes infractores. Como lúcidamente advierte Antonio García-Pablos de Molina, *“hoy día cualquier ciudadano puede llegar a delinquir. Y no siempre el delincuente que termina en los Tribunales de justicia es el más peligroso; antes bien, este último suele ser el menos hábil, o el que ha calculado erróneamente el riesgo de ser detenido”*.¹⁰¹⁹

Aparte de eso, se reitera la grave e indesmentible circunstancia de que la legislación y praxis judicial penales, expresiones de los intereses y objetivos de los grupos que poseen el poder social, generalmente tienen tendencia a circunscribir sus procesos de definición de los ilícitos y de efectiva aplicación de sus sanciones, a aquellos segmentos de la vida colectiva propensos a modos de comportamiento que contradicen los modelos de actuación aceptables a los sectores hegemónicos. Se alardea, a veces, es seguro, la incidencia de condenaciones sobre integrantes de estos grupos generalmente favorecidos e invulnerables, pero las cargas que esporádicamente recaen sobre tales “chivos expiatorios”, no borran la evidencia de que desempleados, mendigos, ociosos, prostitutas y “outsiders”, representan el gran contingente de los afectados por el sistema represivo estatal.

Es ese el motivo por lo cual el esfuerzo de resocialización podrá conducir al perverso resultado contrario de desenraizamiento del delincuente de las praxis, tradiciones e ideas propias de su genuino estrato social, generando un movimiento violador de las peculiaridades de las minorías. Advierte Claus Roxin que

¹⁰¹⁸ DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. p. 58.

¹⁰¹⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Introducción al Derecho Penal**. p. 291.

la mayoría de la gente considera como algo evidente el que se reprima violentamente lo distinto, lo discrepante. Pero en qué medida existe en un Estado de Derecho una facultad para esto, es el verdadero problema, que de antemano no puede resolver la concepción preventivo-especial, porque cae fuera de su campo visual.¹⁰²⁰

Otro aspecto a ser destacado es que el tratamiento resocializador, impuesto obligatoriamente al condenado¹⁰²¹, convirtiéndolo en blanco de una voluntad pedagógica opresiva y que pretiende el enfrentamiento total de su conciencia, le inculca determinada escala de valores como fundamento y justificación de la pena, representa interferencia estatal inadmisibles en su subjetividad, afrentando los derechos de su individualidad. Esa invasión en la intimidad del penado, puede, incluso, alcanzar connotación de terapéutica impositiva, implicando atentado extremo a la libertad y a la dignidad personal. Bajo el prisma de las prerrogativas básicas se hace inequívoco que la sumisión del condenado a un tratamiento únicamente puede ser operado con la aceptación informada de éste y con su explícita colaboración, significando un derecho suyo y jamás una obligación a que tenga que estar compulsivamente sometido.

Como dilucida Francisco Muñoz Conde,

la doctrina dominante considera que, salvo casos excepcionales de incapacidad psíquica manifiesta que impida al interno decidir por sí mismo lo que quiere o le conviene, el tratamiento, tanto si se realiza en libertad como si se lleva a cabo en situación de privación de ella, es un derecho que tiene el afectado por él, pero no una obligación que pueda ser impuesta coactivamente. El deber de someterse a un tratamiento implica una especie de manipulación de la persona, tanto más cuando ese tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores. El "derecho a no ser tratado" es parte integrante del "derecho a ser diferente" que en toda sociedad pluralista y democrática debe existir.¹⁰²²

¹⁰²⁰ ROXIN, Claus. **Problemas Básicos del Derecho Penal**. p. 17.

¹⁰²¹ "Therapeutic state", expresión utilizada por KITTRIE, Nicholas N. **The Right to be Different**. Deviance and Enforced Therapy. Middlesex: Penguin, 1971.

¹⁰²² MUÑOZ CONDE, Francisco. La Resocialización del Delincuente. Análisis y Crítica de un Mito. **Doctrina Penal**. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, año 2, n. 5-8, 1979. p. 637.

16.3 LA PÉRDIDA DE CONFIANZA EN LA EFICACIA RESOCIALIZADORA DE LA PENA Y LOS MOVIMIENTOS DE REACCIÓN SUSCITADOS POR ELLA

Ante a todo ese contexto de crisis, descreencia y escepticismo sobre las posibilidades de realización del proyecto resocializador, debido a las graves objeciones de orden práctico, jurídico y ético, al uso de la pena como recurso destinado a la reforma moral y social del delincuente, algunos caminos alternativos fueron y son vislumbrados y sugeridos.

A lo largo de esa exposición, se verificará que en diversos de esos itinerarios apuntados, se evidencian formas incuestionables de violación de los principios. Es lo que particularmente se constata en las propuestas más extremadas del neorretribucionismo, de los movimientos de “*law and order*” y tolerancia cero, en la “*broken windows theory*”, bien como en la construcción del Derecho Penal del Enemigo, que ya hemos visto anteriormente.

Otras manifestaciones de reacción ante a la pérdida de confianza en la fecundidad de la meta resocializadora, se traducen, al contrario, en decididas formas de represtigiamiento de los principios limitadores y condicionantes de la respuesta punitiva estatal, varias de ellas impregnadas de componentes fantasiosos y quiméricos, como es el caso de determinadas propuestas de supresión o restricción al encarcelamiento, de la “*diversion*”, de la “*radical non intervention*”, del garantismo penal y, también, del movimiento abolicionista, en sus distintas versiones.

16.3.1 Neorretribucionismo o Neoclasicismo

Precisamente en los sectores del pensamiento jurídico y criminológico de los países en que, en cierto momento, la idea resocializadora, fue más entusiastamente difundida y cometida, es que van surgir, con igual vigor, propuestas de retorno a algunas concepciones tradicionales relativas a la naturaleza y sentido de la pena. En los años setenta de siglo XX, alcanza ostensiva presencia, la corriente penológica del llamado “neorretribucionismo” o “neoclasicismo” o

“moderno clasicismo”. En Estados Unidos, esa corriente es también conocida como “*just-deserts-theory*” o “*just-deserts-movement*”.

Esas dos posiciones – clasicismo y neoclasicismo – son didácticamente caracterizadas y descritas por Antonio García-Pablos de Molina. De acuerdo con el primer modelo - *clasico* -

o Direito Penal simboliza a resposta primária e natural (por excelência) ao delito, a mais eficaz. A referida eficácia, ademais, depende fundamentalmente da capacidade dissuasória do castigo, isto é, da sua gravidade. Prevenção, dissuasão e intimidação, conforme tais idéias, são termos correlatos: o incremento da delinqüência explica-se pela debilidade da ameaça penal; o rigor da pena se traduz, necessariamente, no correlativo descenso da criminalidade.¹⁰²³

Ya para el modelo neoclásico (o moderno clasicismo) – enseña el mismo autor - “o efeito dissuasório preventivo aparece associado mais ao funcionamento (efetividade) do sistema legal que ao rigor nominal da pena. Seus teóricos, de fato, atribuem a criminalidade ao fracasso ou fragilidadade daquele, isto é, a seus baixos rendimentos”.¹⁰²⁴

La segunda mencionada propuesta que, como la propia denominación indica, busca visitar y revigorar algunas de las tesis más caras al antiguo liberalismo penal, termina por sufocar los programas resocializadores que estaban siendo ensayados en los países en que ella surge, sustituyéndolos, como aclaran Jorge de Figueiredo Dias y Manuel da Costa Andrade, “*por um fim de pura retribuição factual e objectiva (just deserts)*”.¹⁰²⁵ Utilizando la retribución como modelo teórico legitimador de la intervención punitiva y depositando fuerte confianza en el funcionamiento racional del sistema legal, se desea alcanzar resultados positivos en términos de prevención general, desmotivando o disuadiendo los miembros de la colectividad de la práctica de acciones ilícitas, buscando, por el efecto inhibitorio de la sanción penal y, sobre todo, del funcionamiento efectivo de los instrumentos

¹⁰²³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 341.

¹⁰²⁴ Idem, p. 344.

¹⁰²⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. cit., p. 19.

estatales de control, desestimular la práctica de delitos. De acuerdo con ese renovado clasicismo, de matiz neorretribucionista, se abandonan, las estrategias de largo plazo, el objetivo rehabilitador y los sondeos destinados a decifrar los factores individuales y sociales desencadenadores de la criminalidad. Como observar César Herrero Herrero, se pone de lado la concepción etiológico-positivista de la criminalidad y se pasa a acoger la idea de que *“el delito no es más que una consecuencia de una decisión personal de índole moral”*.¹⁰²⁶

En lugar de ambiciosas pero inexecutable metas resocializadoras, se restaura la clásica política criminal fundada en los conceptos de castigo y retribución. Son estos que expresan la verdadera naturaleza y el genuino sentido de la pena, aunque no se desconozcan las posibles y deseables consecuencias preventivas que, residual y mediatamente, puedan advenir de los correlatos mecanismos de respuesta terminante al delito y de refuerzo axiológico.

Se apunta para la necesidad de un Poder Judicial especializado en cuestiones criminales y capacitado para emitir sentencias céleres, adecuadas y científica y técnicamente fundadas. Paralelamente se proclama la necesidad de, sin perjuicio de la eficacia y del vigor de las intervenciones para cohibir, ser escrupulosamente preservadas las garantías fundamentales que el Estado de Derecho impone que sean reconocidas a los delincuentes.

Como subraya Ferrando Mantovani, con el neoclasicismo se pasa a aclamar por *“más libertad de elección y menos determinismo, más responsabilidad individual y menos patologismo, más certeza jurídica y menos indeterminación legislativa y judicial, más pena proporcionada al hecho y menos tratamiento de readaptación”*.¹⁰²⁷

Aduce Antonio García-Pablos de Molina que

¹⁰²⁶ HERRERO HERRERO, César. **Criminología**. Madrid: Dykinson, 1997. Parte General y Especial. p. 304.

¹⁰²⁷ MANTOVANI, Ferrando. **El Siglo XIX y las Ciencias Criminales**. Bogotá: Temis, 2000. p. 67.

el moderno clasicismo aborda el problema del impacto disuasorio y efectividad de las penas (deterrence), tratando de desarrollar los esquemas clásicos a la luz de los concomientos que hoy suministran las ciencias de la conducta y de los datos aportados por investigaciones empíricas sobre la incidencia de la certeza y severidad del castigo en las tasas de la criminalidad.¹⁰²⁸

16.3.1.1 Neorretribucionismo y cálculo económico. Apreciación de costo-beneficio en las estrategias de definición de los delitos y de conminación de las sanciones

Eliminadas fisuras constatadas en el apogeo de la creencia resocializadora, se preconiza, ahora, la imperativa sumisión del Estado a las directrices fundamentales del Derecho Penal, particularmente aquellas concernientes a la previsibilidad, la seguridad jurídica y la proporcionalidad.

La cuestión de la operatividad y eficacia de las penas no constituye objeto de análisis solamente por parte de los sociólogos y criminólogos. Ocupa, también, espacios de debates entre economistas, sobre todo, como informa Antonio García-Pablos de Molina¹⁰²⁹, en los estudios hechos por Gary S. Becker (1968) y por Isaac Ehrlich (1973). Identifican estos autores, en la deliberación del agente sobre si cometer un hecho delictivo o abstenerse de hacerlo, una genuina operación de cálculo económico, donde todo es sopesado según alternativas de costo y beneficio. En el cómputo de los eventuales beneficios, no incluye el autor del hecho solamente posibles ganancias materiales y monetarias, sino, también, ventajas relacionadas con el prestigio, influencia, poder, comodidad, notoriedad, experiencias agradables, etc. Desarrolla, en general, una minuciosa estimación sobre ventajas y riesgos asociados al plan criminal. Con base en una cuidadosa ponderación de los datos, decide, por fin, siempre buscando la consecución del máximo provecho personal.

El aquí mencionado Gary S. Becker, premio Nobel de Economía y profesor de la Universidad de Chicago, en su escrito "*Crime and Punishment: An Economic*

¹⁰²⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Manual de Criminología**. Introducción y Teorías de la Criminalidad. Madrid: Espasa-Calpe, 1988. p. 201.

¹⁰²⁹ Idem, p. 202-203.

*Approach*¹⁰³⁰, muestra que la decisión del delincuente es, en general, precedida de una evaluación de riesgo desarrollada por él. Se dispone el agente al cometimiento del hecho, sólo después de concluir que el beneficio que logrará de su acción ilícita excederá el riesgo que tendrá que enfrentar.

Como observó Marcos Cintra Cavalcanti de Albuquerque,

à luz de Gary Becker, pode-se entender a queda no número de duas modalidades de crime. Uma delas são os assaltos a bancos, que diminuíram em razão dos aprimorados esquemas de segurança daquelas instituições e da disseminação do dinheiro eletrônico, que esvaziou os caixas das agências, reduzindo os benefícios diante do risco associado a essa ação. A outra são os roubos de carga, que diminuíram devido à difusão do sistema de rastreamento eletrônico de caminhões.¹⁰³¹

Esa misma ponderación econométrica de ganancias y pérdidas, se manifiesta, también, después, en el desdoblamiento de las estrategias y decisiones estatales en su política de enfrentamiento con el crimen. En esos términos, pondera Gabriel Ignacio Anitua, *“las penas propuestas tendrían que ver con la conveniencia para la sociedad y con la capacidad de hacer disuadir al tentado de cometer un acto delictivo, de acuerdo al modelo de hombre racional y al social “costo-beneficio”*.”¹⁰³²

Drasticidad y presteza en la aplicación de las penas; convicción general, socialmente infundidas, de que ellas constituirán respuesta regular, lista e infalible a los delitos, son instrumentos indispensables al alcance de efectos disuasorios provenientes de las sanciones penales.

Investigaciones específicas, destinadas a apurar si concretamente las penas traen efectos de intimidación y desestimulación al crimen, como recuerda también García-Pablos de Molina, han sido desarrolladas en diferentes áreas especializadas,

¹⁰³⁰ Publicado en el *“Journal of Political Economy”*, Chicago, N. 76, 1968, p. 169 y siguientes.

¹⁰³¹ ALBUQUERQUE, Marcos Cintra Cavalcanti de. Crime que compensa. **Jornal Folha de São Paulo**, São Paulo, 03 abr 2002. Caderno A. p. 2.

¹⁰³² ANITUA, Gabriel Ignacio. **Historias de los pensamientos criminológicos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 495.

particularmente por Gordon Tullock (1980), Ph. J. Cook (1980), P. H. Rubin (1980) e por Shlomo e Reuel Shinnar (1975).¹⁰³³

Eses sondeos son conclusivos en resaltar la importancia de la existencia de un control formal permanente, sólido y operativo, en la concepción de los delitos. Mostran como la regularidad y presteza de las respuestas punitivas del Estado contribuyen, sencillamente, para confirmar la vigencia de los valores sociales, estimulando modos de comportamiento que se armonicen con ellos.

Pero, precisamente, esa confianza exaltada en el efecto persuasivo, intimidatorio y preventivo de la pena, ha determinado por conducir, en ciertos lugares y circunstancias, al paradójico punitivo, ahora, no raro, con el abandono de los principios limitadores del Derecho Penal, que el neorretribucionismo, en su manifestación originaria, prometía resguardar. Intenso proceso de definición de nuevos delitos; agudización de las puniciones, son dos de las principales características de esa nueva etapa del sistema punitivo.

Ese alucinado y compulsivo proceso legislativo, tanteando, desordenadamente, diferentes y no raros incoherentes y contradictorios cursos de normación jurídica, amenaza, a veces, descalificar el Código Penal a la condición de mero y subalterno apéndice de la legislación punitiva especial.

El Derecho Penal se ve bajo el riesgo de abandonar – muchas veces de modo ciego e inconsciente – sus clásicos compromisos iluministas, que siempre impusieron reglamentos concisos, estables y claros. Cuestionables y difusos supuestos intereses individuales y sociales, con predominio de aquellos pretendidamente relacionados al todo colectivo y al Estado, son erigidos a la condición de bienes jurídicos-penales, con la consecuente y ostentatoria proliferación de los paradigmas definidores de los delitos, casi siempre presentados bajo enunciados genéricos y versátiles, dando motivo a interpretaciones sibilinas y sorprendentes, intensificando la inseguridad y el inopinado en la concreción de la prácticas represivas de los delitos.

¹⁰³³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Manual de Criminología**. p. 203-204.

Bien ilustra Ferrando Mantovani, que el Derecho Penal, al influjo de esos posicionamientos políticos-criminales ingresó en la era nebulosa de las reglas

usadas como instrumento de gobierno de la sociedad y no como tutela de bienes; de las leyes de compromiso, de formulación indeterminada y estimativa; de las leyes privilegiadoras de potentes grupos sociales; de las leyes vacías, simbólicas, mágicas, destinadas tan sólo a poner en escena la diligencia en la lucha contra ciertas formas de criminalidad; de las leyes "hermafrodita" con forma de ley pero sustancia de acto administrativo; de las leyes cultivadoras del clientelismo, corporativas, para el trueque del voto electoral por privilegios particulares; de las leyes técnicamente desaliñadas e ilógicas, inspiradas en la "libertad de expresión", de cada vez más ardua comprensión; de las leyes-expediente, del caso por caso, para sobrevivir día a día y casi siempre mal; de las leyes "burocráticas", meramente sancionadoras de genéricos preceptos extrapenales.¹⁰³⁴

Esa línea de política criminal se inclina, infundadamente, a atribuir al Derecho Penal la responsabilidad principal, o hasta exclusiva, por todos los tormentos y desajustes de la vida colectiva, encarándolo como instrumento a ser prioritariamente accionado para la remoción de tales manchas y conflictos.

Es proverbial, en todas las colectividades, que, ante a ocurrencia de episodios criminales de gran repercusión, generando fuerte y diseminada conmoción popular (secuestros, violencia sexual, actos de pedofilia, delitos con pluralidad de víctimas, acciones de delincuentes en serie, atentados políticos, etc), luego se movilizan, Gobierno, Parlamento, los medios de comunicación en general y la opinión pública, para reclamar la reprobación de leyes más severas, la actuación decidida de las agencias de represión y la manifestación inmediata y enérgica de la Justicia, imponiendo castigos severos y ejemplares.

En periodos eleitorales, la respuesta a estos reclamos colectivos, tiene tendencia a hacerse aún más incisiva y estrepitosa. Exigencias de aumento de las penas, de medios más enérgicos de ejecución de ellas, de reducción de edad fijada para la imputabilidad penal y hasta de condenas perpetuas y de pena de muerte,

¹⁰³⁴ MANTOVANI, Ferrando. Sobre la Perenne Necesidad de la Codificación. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 01-01, 1999. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-01.html>. Accedido en: 30 jul 2006.

pasan a ser apuntadas como medios imperativos para enfrentar esas manifestaciones agudas de criminalidad.

Lo que se verifica, pues, en esas situaciones, es el recurso simbólico y supersticioso al Derecho Penal. Como, con fina ironía, señaló Jesús Barquín Sanz, en esos casos,

en cierto modo, hay un retorno social generalizado a la creencia en fórmulas mágicas para enfrentarse a la realidad, en ídolos reales o inventados en los que se confía para resolver los problemas. Pues bien, una de estas supersticiones, y de las más conspicuas, es la que hace referencia al Derecho Penal.¹⁰³⁵

Resuenan, en esos posicionamientos, también, algunas de las tesis de la ya comentada concepción economicista de la acción criminal. Si el delincuente completó su opción por la comisión del delito, es porque, inventariando eventuales beneficios y perjuicios, acabó por concluir que el acto proyectado encierra chances de proporcionarle, al fin de todo, más provecho que pérdidas y gravámenes. En ese contexto, la fundada perspectiva contraria de que la acción planeada venga a acarretar consecuencias ciertas, listas y fuertemente aflictivas, puede operar como elevado e insustituible componente disuasorio.

Sin embargo, las convicciones fundantes de tal posicionamiento, o sea, las de que en todos los procesos motivacionales que conducen al delito, preponderan calculadoras razones de costo y beneficio, puede estar, en muchos casos, enlazadas a creencias falaciosas. No es probable que en todos y tampoco en la mayoría de los casos, esas consideraciones de estricta racionalidad, con respecto a las cuales podría, sí, la certidumbre y la intensidad de la punición representar peso significativo, asomen al espíritu del delincuente, influyendo en su deliberación.

¹⁰³⁵ BARQUÍN SANZ, Jesús. El Código Penal de 1995, Cinco Años Después. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 02-r3, 2000. Disponible en internet: <www.criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-r3>. Accedido en: 30 jul 2006.

Más que el temor asociado a la gravedad y al montante de la pena conminada, lo que puede interferir en la decisión en favor o contrariamente a la práctica del delito, es la perspectiva mayor o menor de impunidad.

Penas sobredimensionadas; elevación numérica de los casos de encarcelamiento; procesos sumamente severos de ejecución, seguramente no constituyen modos comprobados de eficaz actuación represiva del Estado.

16.3.1.2 El movimiento "*Law and Order*"

Conforme ya señalamos, tales directrices basadas en la convicción de que las penas constituyen, notablemente las de encarcelamiento, medios indispensables y a veces únicos para el real alcance de la contención de la delincuencia, se expresaron, de modo particularmente enfático, en las campañas de "*Law and Order*" ("*Gesetz und Ordnung*").

Proclaman ellas que no se ha penado adecuada y suficientemente, pero que es imperioso hacerlo, bajo el riesgo del Estado perder todo el poder de control sobre la delincuencia. Es forzoso que se multipliquen los enunciados definidores de delitos; es urgente que se agraven las sanciones y que ellas sean aplicadas con certidumbre, presteza y severidad.

Los medios de comunicación, con la presurosa e inmediata concordancia de parcelas significativas de la opinión pública, fuerte y diariamente sugestionada, pasan a propagar la idea de que entre los factores que predisponen al aumento numérico de los delitos, abulta el hecho del Estado producir una legislación benigna y hasta condescendiente con el delincuente, a eso asociadas omisiones, fallas e inconstantes en los sistemas represivos policial, judicial y de ejecución penal, conduciendo a casos frecuentes de temporización e impunidad. Esa verificada inoperancia en las acciones estatales de control genera, en la población, fuerte y diseminado sentimiento de inseguridad, provocadores de intranquilidad y hasta de pánico. Sobre el tema aquí focalizado recordó el profesor Heleno Cláudio Frago, que

o abandono da filosofia correcional que inspirou, desde o seu surgimento, a pena privativa da liberdade, bem como o aumento constante da criminalidade, sobretudo da criminalidade violenta, têm explicado o movimento law and order, que defende a imposição de penas severas, com o endurecimento do sistema, fundado em critérios puramente retributivos.¹⁰³⁶

Refiere, a propósito, el mismo autor, los ilustrativos ejemplo de Estados Unidos y Suecia, países que, inicialmente, habian adoptado, ampliamente, la política de rehabilitación a través de la pena. La pena indeterminada, en cierta epoca ampliamente utilizada en la legislación estadounidense, como una especie de remedio, cuya ministración sólo debería cesar con la curación del “enfermo”, cayó en completo descrédito. Se verificó, después larga y decepcionante experiencia, que esa sanción, de límites indefinidos, se mostró, en verdad, instrumento estimulador de incontrolable actividad discrecional atribuida a las juntas de libertad condicional, sirviendo de elemento de persecución indiscriminatoria, recayendo, preferencialmente, sobre minorías y pobres. Se pasó, entonces, a reclamar, con insistencia y estridencia, la vuelta al sistema de las penas fijas (“*flat sentencing*”). En Suecia, como informa también Heleno Fragoso, el Consejo Nacional de Prevención del Crimen pasó a recomendar la revisión profunda del hasta entonces vigoroso sistema correcional, desacreditado, en especial, por las elevadas y crecientes tasas de reincidencia que ostentaba.¹⁰³⁷

En Estados Unidos, recordó Peter Lejins, las alteraciones de política criminal que allá parason a ocurrir, se asentaron, fundamentalmente, en las constataciones, que las investigaciones mostraban, de que los metodos reeducativos no alejan la reincidencia y que eso estaría indicando el necesario retorno a las sanciones de carácter eminentemente retributivo.¹⁰³⁸

El profesor João Marcello de Araújo Júnior, al tratar del asunto, selecciona como principales directrices del “Movimiento de Ley y Orden” las siguientes:

¹⁰³⁶ FRAGOSO. Heleno Cláudio. A Reforma da Legislação Penal. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 35. p. 12.

¹⁰³⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A Reforma da Legislação Penal...**, p. 11.

¹⁰³⁸ LEJINS, Peter P. Op. cit., p. 30.

a) a pena se justifica como um castigo e uma retribuição no velho sentido, não devendo-se confundir esta expressão com o que hoje denominamos retribuição jurídica; b) os chamados crimes graves hão de castigar-se com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade de longa duração); c) as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos hão de cumprir-se em estabelecimentos penitenciários de máxima segurança, submetendo-se o condenado a um excepcional regime de severidade distinto ao dos demais condenados; d) o âmbito de prisão provisória deve ampliar-se de forma que suponha uma imediata resposta ao delito; e) deve haver uma diminuição dos poderes individuais do juiz e um menor controle judicial na execução que ficará a cargo, quase que exclusivamente das autoridades penitenciárias.¹⁰³⁹

También sobre esa tendencia de política represiva, recuerda Maura Roberti, que el

processo de criminalização propagado pelos Movimentos de Lei e Ordem acarreta a perda do valor jurídico das leis editadas, posto que, na premência de resolver o problema da violência, não estuda de forma metodológica a criminalidade; pensando poder resolvê-lo, culmina com a edição de leis casuísticas, feitas de afogadilho, sem quaisquer critérios científicos e com excesso de rigorismo nas sanções penais cominadas. Na verdade, essas leis retratam uma pseudo-solução, pois o legislador, não resolvendo o conflito social, está apenas dando uma resposta solene aos anseios populares.¹⁰⁴⁰

Por otro lado, conforme mostrou Lóic Wacquant, esa resurgida visión punitiva neoliberal, ahora sometida a la lógica del mercado total, hace emerger, de modo vigoroso e hipertrofiado, el llamado “Estado Penal” en sustitución al “Estado providencia”. Divulgado, principalmente en Estados Unidos, con intenso y permanente respaldo de los medios de comunicación, encierra ella el paradójico de pretender *“remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa da escalada generalizadora da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo”*.¹⁰⁴¹

¹⁰³⁹ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. Os Grandes Movimentos Atuais de Política Criminal. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, Ano 1, v. 1, n. 9, 1988. p. 152.

¹⁰⁴⁰ ROBERTI, Maura. **A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001. p. 117.

¹⁰⁴¹ WACQUANT, Lóic. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 7.

Registra, aún, Wacquant, que esa política-criminal caracterizada por la limpieza policial de las calles y por el aprisionamiento en masa de los pobres, inútiles e insumisos a la dictadura del mercado desreglamentado, con el simultáneo desenrolamiento estatal, alcanzó su apogeo con la implementación de las estrategias muy represivas de seguridad, adoptadas, particularmente, en Washington y Nueva York, en las dos últimas décadas, para de ahí pasaren a ser internacionalizadas, globalizando y mercantilizando el ideal de refuerzo del aparato penal, por todos los continentes. Cabe destacar aquí, como exponente de ese proyecto, la figura del ex alcalde de Nueva York, Rudolph Giuliani, que, junto a su jefe de policía William Bratton, ejecutó una política policial y judicial que hizo de la “*big apple*” la meca mundial de la doctrina de la *tolerancia cero*, concebida como una verdadera “religión penal”, consistente, en síntesis, en un programa de restablecimiento de la calidad de vida de los neoyorquinos, mediante la movilización de una política intensiva y ostensiva, informatizada y bien equipada, con vista al combate acirrado a la pequeña delincuencia y represión enérgica de los mendigos, pasadores de drogas, prostitutas, vagabundos, grafiteros y sin techo.

Sin embargo, y como advierten Zaffaroni, Alagia y Slokar, con acierto, el mensaje de ley y orden encierra una esencial e invencible antinomia. Como señalan estos autores, expresa una doctrina doble: a) reclama mayor represión; b) para eso, afirma que no se reprime. Pasa que ese discurso acaba siendo aprehendido e interiorizado tanto por los clientes de tal campaña, como por aquellos que cometen delito. “De modo” – concluyen – “*que la propia campaña de ley y orden tiene efecto reproductor a guisa de incitación pública al delito*”.¹⁰⁴²

16.3.1.3 El Programa de tolerancia cero

La doctrina de ley y orden se expresó, con rasgos propios, en la estrategia de represión de los delitos que se volvió conocida bajo la denominación *tolerancia cero*.

¹⁰⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 20.

La sede inicial de su desarrollo fue la ciudad de Nueva York, en los años noventa. La gran metrópoli se veía, entonces, asolada por creciente ola de delitos. Eso representaba sorprendente contrasentido, capaz de poner a prueba muchas teorías criminologías. Pues, la ciudad siempre concentró parte expresiva de la riqueza de Estados Unidos, la nación más opulenta del mundo.

Como también ya fue acordado, el mentor principal de ese movimiento fue el italoamericano, Rudolf Giuliani. Como promotor público, enfrentó exitosamente la Mafia. Después, ya como alcalde de la ciudad y junto a su principal colaborador, William Bretton, jefe de policía de Nueva York, en el período entre 1994 y 1996, se lanzó al enfrentamiento general con la criminalidad común.

Los entusiastas de esa cruzada, invocan números grandilocuentes. En menos de cuatro años, entre 1993 y 1996 – afirman – la ciudad habría caído del primer lugar en la lista de las ciento cincuenta localidades más violentas del país, para un consagrador último lugar. Los habituales tres mil homicidios mensuales habrían sido reducidos a menos de setecientos. Una disminución igualmente significativa se habría verificado con respecto a robos, secuestros, invasiones, acciones de narcotráfico y otros delitos graves. En general, los índices de delincuencia habrían caído un cincuenta por ciento.

La campaña se desarrolló en varias frentes. En primer lugar, se combatió, vigorosamente, la corrupción existente en la policía y otras corporaciones relacionadas a la apuración y represión de los delitos; mientras tanto, se buscó el aumento de prestigio de los buenos agentes. Con la colaboración del Poder Judicial, se desarrolló un fuerte empeño de que, principalmente los delincuentes más temibles, fuesen inmediatamente juzgados, condenados y mantenidos en la cárcel, lo que, además de tranquilizar la población, alejaba una permanente fuente de tensión entre los policías: el recelo de que el delincuente condenado, pero rápidamente devuelto a las calles, viniese a cometer actos de venganza contra los propios agentes o sus familiares. Se buscaron modos cooperativos de integración entre policía y comunidad.

Como meta inmediata para la actuación del Poder Público, se apuntaba, no para posibles pero no raro inviables metas de prevención, pero para un declarado y tenaz empeño represivo.

De modo particular, se preconizaba no exagerar en las garantías civiles. Se denunciaba la tendencia, muchas veces observada, de las leyes protegeren más al delincuente que al ciudadano honesto.

Como ya señalado anteriormente – y según expresamente declaró William Bretton – la estrategia adoptada dió especial relieve a la persecución y punición de las pequeñas infracciones. Poner letreros en paredes; grafitero en locales prohibidos; usar sin pago el metro; en los semáforos saltar sobre los capós de los automóviles para limpiar parabrisas, con vistas a recibir algunas monedas por eso; alborotos y riñas en la vía pública, etc., son conductas aparentemente indicativas de criminalidad menor. Pero la experiencia comprueba que los que se involucran en ellas, son aquellos que, futuramente, más fácil serán protagonistas de ilícitos de mayor gravedad.

Hoy, el “*Giuliani Group*”, instituido por Rudolf Giuliani presta asistencia a las administraciones de las ciudades interesadas, para acciones de combate a ese tipo de delincuencia.

Esas directrices hasta aquí recordadas, sea las del *neoclasicismo*, *movimiento de ley y orden*, o doctrina de la *tolerancia cero*, a despecho de la fuerte diversidad que las distingue, parten de dos puntos centrales de concordancia: el primer expresado en el definitivo descreimiento en la posibilidad de actuaren las penas resocializadamente sobre los condenados; el segundo, de invertiren fuerte y exclusiva expectativa en la fuerza retributiva y preventiva-general, que la aplicación segura, reiterada y decidida de sanción penal pueda producir.

Sobre esta segunda convicción, cabe observar que parte del persistente equivoco, ya comentado, e incisivamente denunciado en la aclaradora advertencia de Antonio García-Pablos de Molina, conforme a quien

los problemas “sociales” – y el delito es un problema social – no se solucionan exclusivamente con leyes penales; por el contrario, al Derecho Penal le corresponde un papel muy secundario (como “ultima ratio”, “subsidiario”) en el control y prevención del delito. El moderno clasicismo o neoclasicismo implica un retorno extemporáneo a posiciones retribucionistas superadas.¹⁰⁴³

16.3.1.4 La “Broken Windows Theory”

Para completar el dibujo de ese escenario de exasperación represiva, se acuerda, aún, la particularidad de la ciudad de Nueva York haber sido constituida en el principal escaparate de la llamada “*teoría de las ventanas rotas*” (“*broken windows theory*”).

Esta corriente de política represiva fue formulada inicialmente por el científico político James Q. Wilson y por el psicólogo criminologista George L. Kelling, en ensayo titulado “*Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety*”, publicado en la Revista “*Atlantic Monthly*”, en 1982. A ese estudio se siguió otro, nuevamente escrito por George Kelling, pero ahora junto a su pareja, Catherine Coles, profesora, igual que su esposo, de la Universidad de Harvard y especialista en antropología urbana, que llevó el título “*Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*” (New York: The Free Press, 1996). En entrevista al Periodico Folha de São Paulo, en 23/06/03, Catherine Coles se expresó así sobre la tesis central del libro y la razón de su título:

o objetivo era mostrar que os pequenos delitos, embora pareçam insignificantes, não o são. Combatê-los é fundamental para reduzir os crimes violentos. O título “Fixing Broken Windows” é uma analogia. Se uma simples janela quebrada não for consertada, sinaliza-se que ninguém se importa com a área.¹⁰⁴⁴

Eses estudios representan nítido desdoblamiento de la matriz ideológica de la política de la *tolerancia cero*.

¹⁰⁴³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Manual de Criminología**. p. 204.

Según aclara Wacquant, haciendo “*adaptação do ditado popular “quem rouba um ovo, rouba um boi”*”, essa pretensa teoria sustenta que é lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar as grandes patologias criminais”.¹⁰⁴⁵ Se parte, entonces, de la idea de que, si un delincuente que cometió una infracción menor no sea penado, se estimula al delincuente más peligroso a actuar en la región del desorden. Como hemos visto, justamente en ese pensamiento que relaciona desorden y criminalidad y que proclama que la tolerancia con los ilícitos insignificantes lleva a la delincuencia violenta, es que ahí está el origen del nombre dado a esa teoría y prácticas políticas de seguridad pública. Cuando una ventana de una fábrica o de una oficina se encuentra rota o deteriorada y nadie tiene la iniciativa para arreglarla, no se importando con el hecho, esto es síntoma de que nadie tiene celo por el lugar, que hay absoluta ausencia de autoridad responsable por el mantenimiento del orden, de modo que otras ventanas, aún intactas, por cierto serán golpeadas, se instaurando un proceso de difusión de la criminalidad y de decadencia de esa comunidad, con el alejamiento de las personas de bien, quedando el barrio o región urbana, enteramente a merced de los agitadores, que muy temprano transformarán el local tomado por temible salvajería colectiva.

Se entiende que sólo mediante la intensificación en el empleo del encarcelamiento y la adopción de una política de control penal enérgica e inflexible con los actos de desvío y la pequeña delincuencia, hasta aquella notoriamente asociada a la miseria, será posible obstaculizar exitosamente los delitos y la preservación del orden, proporcionando tranquilidad y calidad de vida a los ciudadanos. Ese programa de combate al crimen, que enfatiza desmedidamente el recurso a la prisión, puede se presentar, a veces, contaminado por disimulados objetivos mercantilistas y por finalidades lucrativas que la exasperación del encarcelamiento a veces proporciona a diferentes sectores y agencias.

Subraya Wacquant, que

¹⁰⁴⁴ COLES, Catherine. Especialista de Harvard defende aproximação entre polícia e comunidades pobres. **Jornal Folha de São Paulo**, 23 jun 2003. Caderno A, p. 12. Entrevista concedida ao jornalista André Soliani.

¹⁰⁴⁵ WACQUANT, Löic. **As Prisões da Miséria...**, p. 25.

é a esta nova política que as autoridades da cidade, além da mídia nacional e internacional (acompanhada por certos pesquisadores europeus cuja principal fonte de dados sobre a cidade americana é a leitura assídua, em Paris, Londres ou Estocolmo, do International Herald Tribune), atribuem precipitadamente a queda da criminalidade em Nova York nesses últimos anos. E o fazem mesmo com a dita queda tendo precedido três anos a implementação dessa tática policial e sendo observada também em cidades que não a aplicam, como Boston, Chicago ou San Diego.¹⁰⁴⁶

16.3.1.5 Ensanchamiento e Intensificación de las Acciones Represivas

Se trata de una política criminal con vistas a obtención de la “seguridad total”, de la “manutención del orden”, de la “guerra al crimen y de la reconquista del espacio público”, sosteniendo el postulado de que la “prisión funciona”, del “todo penal”, o sea, de un Estado punitivo omnisciente, omnipresente y omnipotente, en lugar del Estado caritativo y contemplativo.

Desarrollando análisis crítico a la “*Broken Windows Theory*” y de la operación de combate a la delincuencia de la “*Tolerancia Cero*”, sostienen Jacinto Nelson de Miranda Coutinho y Edward Rocha de Carvalho, que con la aplicación práctica de esa política criminal, se objetiva solamente a atribución de la sanción con un sentido retributivo, sin preocuparse con cualquier finalidad rehabilitadora del agente en desvío. El objetivo principal es reprimir no comportamientos propiamente dichos, pero determinadas condiciones o *status* de personas, como, por ejemplo, los pobres, sin techo, grafiteros, limpiadores de parabrisas de automóviles que se quedan en los semáforos, mendigos y adictos a drogas. Todo gira en torno de una visión maniqueísta del inocente/orden o culpado/desorden, siendo señaladas, aún, por actitudes excesivas de los gobernantes y por la inhumanidad de las penas, muchas con deplorables connotaciones vejatorias, se consolidando, de esa forma, un verdadero pasaje del “*welfare state*” para un “*penal state*”, una “*incarceration mania*”. Y concluyen los dos autores que la “*Broken Windows Theory*”,

não prega a reforma do “desordeiro”, mas tão-só sua punição, sua exclusão. Julga-o não somente por dar a ele um antecedente criminal, tampouco por

¹⁰⁴⁶ WACQUANT, Löic. **As Prisões da Miséria...**, p. 29.

condená-lo, mas por tornar o indivíduo alguém que precisa ser controlado, removido e observado. A categoria do “desordeiro” permite a Tolerância Zero, e esta o abuso do Estado e a barbárie do Soberano. A desordem do Estado, enfim, garante a ordem. A violência policial é necessária; um meio para um fim maior”.¹⁰⁴⁷

Sin embargo, resalta Miguel Reale Júnior que

nos dias atuais, em época eleitoral, com o crescimento da criminalidade, as soluções repressivas ganham foro de verdade absoluta nas propostas dos candidatos, que pretendem trocar votos, em suas propagandas, pela ilusão de segurança, um verdadeiro estelionato para ludibriar o eleitor.¹⁰⁴⁸

Referidas normas programáticas son compartidas, hoy día, tanto por los gobiernos de derecha, como por los de izquierda, que alcanzan el tema de seguridad pública a la categoría de derecho fundamental, tal como se vió, por ejemplo, en las acciones de intensificación de las coerciones administrativas y de exacerbación de las sanciones penales emprendidas por por Tony Blair, en Inglaterra y por Lionel Jospin, en Francia, en la época de sus administraciones. Recuerda Maria Lúcia Karam que

na história recente, o primeiro momento de interesse da esquerda pela repressão à criminalidade é marcado por reivindicações de extensão da reação punitiva a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal, surgindo fundamentalmente com a atuação de movimentos populares, portadores de aspirações de grupos sociais específicos, como os movimentos feministas, que, notadamente a partir do anos 70, incluíram em suas plataformas de luta a busca de punições exemplares para autores de atos violentos contra mulheres, febre repressora que logo se estendendo aos movimentos ecológicos, igualmente reivindicantes da intervenção do sistema penal no combate aos atentados ao meio ambiente, acaba por atingir os mais amplos setores da esquerda.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto de; ROCHA DE CARVALHO, Edward. Teoria das Janelas Quebradas: E se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, Ano 3, n. 11, p. 27, 2003.

¹⁰⁴⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. Insegurança e Tolerância Zero. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, Ano 2, n. 9, p. 67, 2003.

¹⁰⁴⁹ KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda Punitiva. **Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, Ano 1, n. 1, p. 79, 1996.

Desde entonces, los partidarios de la visión izquierdista fueron paulatinamente se alejando de los postulados del abolicionismo y de la intervención mínima del Derecho Penal, dos de las principales direcciones de la Criminología Radical, y pasaron, tal como la ideología dominante y el discurso de los medios de comunicación, a adoptar una postura represiva irracional, adoctrinando una diseminación de la actuación punitiva y el empleo de una política pública feroz de enfrentamiento de la impunidad, corrupción, criminalidad de masas, criminalidad organizada y tráfico de drogas, todo con vistas a ocupar espacio cada vez mayor en las instancias del poder estatal. Registra, aún, Maria Lúcia Karam, que

a adesão de amplos setores da esquerda à ideologia da repressão, da lei e da ordem, seu interesse por um implacável combate à criminalidade, sua “descoberta” do sistema penal surgem em um tempo em que os sentimentos de insegurança e o medo coletivo difuso, provocados pelo processo de isolamento individual e de ausência de solidarização no convívio social, aliam-se à decepção enfraquecedora das utopias e à necessidade de criação de novos inimigos e fantasmas capazes de assegurar a coesão em formações sociais que, com o desmoronamento das traduções reais do socialismo, não mais têm exigida a demonstração de sua superioridade democrática.¹⁰⁵⁰

Por la cartilla de directrices del movimiento de la “*law and order*”, no podría el Estado buscar explicaciones para las causas de la delincuencia, intentando relacionarla, como hacen algunas teorías criminales, con el crecimiento de la desigualdad social y de la decadencia económica, a la destrucción familiar, a la masificación de la pobreza, al sentimiento de inseguridad, a la segregación racial, a la precariedad salarial, al desamparo de las instituciones públicas y a la situación proliferante del desempleo y del subempleo. Se parte del supuesto de que estaría el fenómeno criminal asociado no a las manchas de la sociedad como un todo, pero sí al propio subjetivismo y espontaneidad del delincuente, cabiendo, así, a la Justicia, simplemente ejecutar su finalidad principal, que es punir con eficacia y severidad a los autores de infracciones y acciones incivilizadas, la tarea de encarcelar con el único fin de hacer mal, de modo que, subraya Wacquant, por esta nueva penología, no se “*tem por objetivo “reabilitar” os criminosos, mas sim “gerenciar custos e*

¹⁰⁵⁰ KARAM, Maria Lúcia. **A Esquerda Punitiva...**, p. 90.

*controlar populações perigosas” e, na falta disso, estocá-los em separado para remediar a incúria dos serviços sociais que não se mostram nem desejosos nem capazes de tomá-los sob sua responsabilidade”.*¹⁰⁵¹

Como observa el sociólogo David Garland, ante a esa política criminal de seguridad, de refuerzo y glorificación del Estado Penal,

os delinqüentes são retratados como seres ameaçadores e violentos pelos quais não podemos ter simpatia e para os quais não há ajuda concebível. A única resposta prática é colocá-los “fora de jogo” para a proteção do público, o que, no Reino Unido, significa fazê-los sofrer pesadíssimas penas de prisão e, nos Estados Unidos, a condenação à morte.¹⁰⁵²

En otro importante ensayo sobre el tema, titulado “*The Culture of Control*”, enfatizó Garland que

existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad “de la gente”, de sentido común, de “volver a lo básico”. La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufrida y mal atendida, especialmente la voz de “la víctima” y de los temerosos y ansiosos miembros del público.¹⁰⁵³

16.3.2 La Supresión del Encarcelamiento: “*Diversion*” y “*Radical non Intervention*”

Características propias y opuestas, en muchos aspectos, a las presentes en las teorías de pensamiento político-criminal que se presentó, se encuentran en las líneas de orientación que, al mismo tiempo en que ratifican la idea de absoluta ineficacia resocializadora o terapéutica de la pena privativa de libertad, también

¹⁰⁵¹ WACQUANT, Lööc. **Punir os Pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. p. 32.

¹⁰⁵² GARLAND, David. As Contradições da Sociedade Punitiva: O Caso Britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal do Paraná, n. 13, p. 75, 1999.

¹⁰⁵³ GARLAND, David. **La Cultura del Control**: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 49.

rechazan, vivamente el empleo desmedido de cualquier sanción penal, particularmente del encarcelamiento, como mecanismo sancionatorio de utilización diseminada e preferencial.

Sobre eso, en una línea de pensamiento más incisivo, conforme registra Jesús María Silva Sánchez,

se ha sostenido la necesidad de prescindir del internamiento, de modo general y no sólo en el caso de las penas cortas, y de sustituir la privación de libertad por formas de "diversion"; en términos más radicales, se ha abogado por una "radical non intervention".¹⁰⁵⁴

Los partidarios de esa línea de orientación político-social, la que se ha dado el nombre de "no intervención"¹⁰⁵⁵, insisten en la conveniencia de que se suprima la presencia exagerada, formal y jurisdiccional del Estado, en muchas de las situaciones configuradoras de conflictos y desvíos sociales. Apuntan, ante a la diversidad de esas ocurrencias, para otras posibles formas de interferencia estatal, menos incisivas y monopolizadoras, pero, se cree, ni por eso de menor utilidad para el aprimoramiento y el alcance de los objetivos que inspiran las acciones de represión y control del Estado.

No descreen, por entero, de la eficacia de los programas de resocialización, pero manifiestan escepticismo sobre la posibilidad de ser adecuadamente desarrollados en situación de privación de libertad y sin el escrupuloso respeto a la dignidad humana y a las garantías de un Estado Derecho. No pretenden, por lo tanto, suprimir esos programas, pero reestructurarlos y perfeccionarlos, haciéndolos más humanos y menos presos a barreras burocráticas.

Preconizan, por otra parte, la eliminación de preceptos penales anacrónicos, superfluos y hasta ilegítimos, especialmente en el ámbito de los denominados "*victimless crimes*", como serían, entre otros, aquellos relativos a la drogadicción,

¹⁰⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo...**, p. 31.

¹⁰⁵⁵ Denominación originada del libro "*Radical Nonintervention*", del sociólogo americano Edwin M. Schur, 1973.

práctica de la mendicidad, ociosidad, juego, embriaguez, relaciones sexuales consentidas entre personas mayores y capaces, etc.

Se adoctrina, además de eso, amplia intervención “desjuridicionalizadora”, siempre que posible se excluyendo del proceso penal, los autores de tales comportamientos desviados, se dislocando para otras instancias de conocimiento y control las incumbencias de estimación de esas conductas y de empleo sobre ellas de medios orientadores.

Las reglas penales y procesales penales, pasarían a ser de utilización restringida a los casos graves, particularmente a las hipótesis de multirreincidencia criminal.

Esas soluciones apuntadas, se colocan, por lo tanto, en un medio término comedido entre el control jurisdiccional amplio y la “*total non intervention*”. Al empleo conjunto de esos innovadores medios de actuación, se dió la denominación de “*diversion*” (“diversión”). Idealizados, sobre todo, por Malcolm W. Klein y Katherine S. Teilmann¹⁰⁵⁶, como ejemplos, pueden ser apuntados: el resarcimiento, a cargo del infractor, del daño producido; instauración de transacciones informales entre ofensor y ofendido; acciones de orientación psicológica; tratamiento psiquiátrico; submisión del agente a cura de deshabitación; terapias de grupo; búsqueda de empleo y vivienda; implantación de centros ocupacionales y de convivencia; organización de servicios comunitarios, etc. Ya la pena convencional, en los casos en que sea pertinente e imprescindible y conforme señala Hans-Heinrich Jescheck, “*no puede concebirse en forma de un tratamiento benefactor, sino que debe aparecer abiertamente como una intervención dolorosa del Estado en la libertad y en la propiedad*”.¹⁰⁵⁷

Se edifica, también, como forma de superación de los aspectos negativos de la cárcel y reflejen la disminución de la fe en la internación en establecimiento penitenciario, como medio efectivo de resocialización de los delincuentes. Traducen, igualmente, una política criminal de transformación y restricción del campo de

¹⁰⁵⁶ (“*Pivotal ingredients of Police Juvenile Diversion Programs*”, Washington/D.C., 1976, *apud* MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. p. 89, nota n. 9.

¹⁰⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal...**, p. 1051.

actuación del Derecho Penal que – se entiende – sólo debe estar dirigido para la tutela del absolutamente necesario a la manutención del orden público. Se propone la retirada de la pena privativa de libertad del puesto de principal instrumento de enfrentamiento de la delincuencia, relegándola para plan secundario, reservada solamente para los hechos ilícitos más graves y, particularmente, para las hipótesis de multirreincidentes. En su lugar, habrán de ser buscados medios menos incisivos y onerosos, de substitutivos del encarcelamiento. Informa Jesús Barquín Sanz que

sustitutivo penal en sentido amplio viene a evocar una crítica global al Derecho Penal y a la pena de prisión, y acogería toda clase de sistemas y de instrumentos alternativos a la privación de libertad empleados como medios para prevenir la criminalidad. En un sentido restringido, sustitutivo penal hace referencia a las posibilidades concretas previstas por la norma para dejar sin cumplir en todo o en parte la pena prototípica, esto es, la prisión.¹⁰⁵⁸

Con eso, pasan a ser estipuladas, en la legislación, de forma más frecuente, las penas pecuniarias, fijadas como modalidad sancionatoria autónoma o sustituyendo privaciones de libertad de corta duración; la suspensión condicional de la pena y del proceso; las penas restrictivas de derechos; la libertad condicional y los mecanismos de amonestación. Se recomienda, también, el empleo de la técnica de la “*shockprobation*”, estructurada principalmente por Edward Bohlander¹⁰⁵⁹, y consistente, como aclara Francisco Muñoz Conde, en “*una combinación de pequeños shocks por pérdida de libertad y una libertad controlada*”.¹⁰⁶⁰

De esa forma, con tales propuestas limitadoras y de acuerdo con lo que enseña Hans-Heinrich Jescheck,

debería intentarse evitar la pena de privación de libertad en la medida en que ello resulte compatible con las necesidades de prevención general. Mas, por supuesto, cuando por razones de prevención general o de aseguramiento de la colectividad resulten necesarias penas o medidas

¹⁰⁵⁸ BARQUÍN SANZ, Jesús. Sistema de Sanciones y Legalidad Penal. Aequitas. **Revista Jurídica del Poder Judicial**, México, n. 38-40, 2001. p. 286.

¹⁰⁵⁹ Shock Probation. The use and Effectiveness of an Early Release Program as a sentencing alternative, Ohio State Univ. Diss., 1973.

¹⁰⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. p. 89.

privativas de libertad, deberán cumplirse con arreglo a los métodos de la moderna teoría de la socialización, con objeto de dañar lo menos posible y obtener todo aquel éxito que quepa esperar.¹⁰⁶¹

Junto a todo eso, también se proyecta la implementación de un programa de reforma mitigadora del sistema punitivo, a través de acciones, que deben ser principalmente desarrolladas en el ámbito legislativo, de contención de la hipertrofia cualitativa y cuantitativa del Derecho Penal, anomalía que conduce al resultado perverso de las antes mencionadas reivindicaciones “*pan-penalísticas*” de los movimientos “*law and order*” y similares. Se introducen, de esa forma, acciones de despenalización, informalización de la Justicia, búsqueda de soluciones conciliatorias, desprisonalización y descriminalización progresivas de ciertas expresiones del comportamiento humano.

Se busca, pues, por intermedio de esa política de descriminalización, revigorar los principios del Derecho Penal clásico, se comprimiendo, formalmente, el área comprendida de los sistemas punitivos. Convierten, por ejemplo, las acciones incriminadas por motivos puramente moralistas, infracciones sin víctima y la pequeña delincuencia, en ilícitos extrapenales, que pasan a ser reprimidos con sanciones más blandas. Se retira de esas conductas la calificación de delitos, que sobre ellas recaía anteriormente. Son dislocadas para el ámbito de los comportamientos socialmente indeseados, objetos de medios de control y represión propios e específicos.

Otra posible opción descriminalizadora es la de dejar esas y otras conductas inmunes a todo el tipo de punición, lo que implicaría abdicar el Estado del ejercicio de cualquier forma de control, ensanchando sus márgenes de tolerancia y de no interferencia.

Cabe resaltar que ese movimiento de profundas alteraciones en la materia penalística, no adviene de manifestaciones contestatarias extrínsecas al sistema punitivo, siendo, al contrario, fruto de meticulosas reflexiones políticas, dogmáticas y criminológicas, procesadas en el propio interior del sistema, se presentando, por lo

¹⁰⁶¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Rasgos Fundamentales del Movimiento...**, p. 475.

tanto, con nítido señal autoreferencial. Con efecto y conforme observan Jorge de Figueiredo Dias y Manuel da Costa Andrade, esa matización hodierna de la propuesta descriminalizadora “*surge como função intra-sistémica, relevando das razões próprias da lógica do sistema geral de redução da complexidade na sociedade moderna*”.¹⁰⁶²

Por lo tanto, las justificaciones para la ejecución de esa política-criminal de confirmación del carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal estão relacionadas, básicamente, a toda la situación de crisis de los paradigmas coexistentes en el sistema punitivo, donde aún perduran ideas y orientaciones retrógradas, representadas por los procesos de criminalización desenfrenada e irracional.

16.3.3 La Cruzada Abolicionista

También como respuesta al fracaso de las instituciones carcelarias, en lo que tiene que ver con los compromisos de corrección y de resocialización; al vicio expansionista del ordenamiento punitivo y a la crisis dogmática y de legitimidad del sistema criminal moderno, prespunta, como una osada opción, a postura político-criminal del *abolicionismo* que, en su traducción más radical, busca el desmontaje definitivo del Derecho Penal tradicional.

Resaltó Javier Alejandro Bujan que

la propuesta abolicionista comenzó como una tendencia a la abolición, primero, de la pena de muerte y, posteriormente, de la cárcel, hasta concluir en la propuesta de la supresión de todo el sistema penal, para implantar un sistema de solución de los conflictos sobre la base de la pequeña sociedad o comunidad circundante.¹⁰⁶³

¹⁰⁶² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. cit., p. 399.

¹⁰⁶³ BUJAN, Javier Alejandro. **Elementos de Criminología en la Realidad Social**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 249.

Se sugiere, de ese modo, una alternativa a la política criminal represiva, mediante sustitución de los organismos y procedimientos penales vigorizantes, por formas no punitivas de composición y resolución de conflictos, basadas, fundamentalmente, en el postulado del resarcimiento civil del daño, valorando, sobremanera, la posición y los intereses inmediatos de la víctima, que pasa a intervenir directamente en el litigio en que estuvo involucrada. Aspecto interesante a salientar es que el movimiento abolicionista adquirió más fuerza justamente en los países en que la concepción resocializadora de la pena se manifestó más elocuentemente.

En esos lugares, se contruyeron exponentes de las nuevas ideas, entre otros, Louk Hulsman, profesor emérito de la Universidad de Rotterdam, Holanda, Thomas Mathiesen, profesor de Sociología de la Universidad de Oslo y Nils Christie, profesor de Derecho Penal, también de la Universidad de Oslo, Noruega. Son ellas resultado de la natural desilusión en esos países con la dirección terapéutica de la punición. Esa línea escéptica, sobre la forma de actuación de las tradicionales agencias de control criminal, tiene su origen, en parte, en postulados humanísticos y en otra parte en los argumentos doctrinales de las líneas más avanzadas e innovadoras de la Criminología, en particular, de la Criminología Radical.

Se notabilizó, esa línea, por proponer estrategias de supresión del sistema tradicional de Justicia penal, visto como arbitrario, ineficaz, selectivo, esencialmente represivo, en verdad, coresponsable por la existencia y manutención de la delincuencia y de las desigualdades sociales.

Comparten, también, de algunos análisis y conclusiones presentados por el interaccionismo simbólico, afirmativas de que la prisión es fuente confirmadora y reproductora de criminalidad, además de eso, impregnada de irracionalidad y crueldad.

En su fase inicial el abolicionismo acogió la tesis marxista del carácter evanescente de los delitos y de los conflictos sociales, que desaparecerían progresivamente con la supresión de las injusticias y desigualdades generadas por la estructura capitalista y con el evento primero del socialismo y después de la sociedad sin clases. Actualmente, pero, defienden visión más prudente y realista, no

más creyendo en la viabilidad de la total erradicación de las relaciones sociales injustas y de sus consecuentes conflictos. Se limitan, ahora, a propugnar por la abolición del sistema punitivo vigente, sustituyéndolo por otras formas de mediación y resolución de los litigios. Con eso, aseveran, serían suprimidos el costo social del delito, estigmas y arbitrariedades propias del sistema penal vigente, creándose condiciones aseguradoras del respeto a las garantías individuales y libertadoras del ser humano de las relaciones opresivas presentes hoy en la vida.

Señaló Salo de Carvalho que el movimiento abolicionista venía congregar autores que, “partilhando do modelo sociológico crítico da década de sessenta e setenta, comungam propostas político-criminais estruturadas na premissa da radical contração/substituição do sistema penal por outras instâncias resolutivas dos conflitos sociais”.¹⁰⁶⁴

Reserva, sin embargo, Eugenio Raúl Zaffaroni que

entre los autores abolicionistas no existe una completa coincidencia de métodos, presupuestos filosóficos y tácticas para alcanzar los objetivos, sino que provienen de distintas vertientes del pensamiento. Se ha señalado la preferencia marxista de Thomas Mathiesen, la fenomenológica de Louk Hulsman, la estructuralista de Michel Foucault y podríamos agregar la fenomenológico-historicista de Nils Christie.¹⁰⁶⁵

Como se puede ver en esta citación, Zaffaroni incluye en la galería de los abolicionistas el nombre del pensador francés Michel Foucault (1926 – 1984). A propósito, observa Salo de Carvalho que, no cabe calificar Michel Foucault como auténtico abolicionista, pues su posición asumida, sobre la pena, no es tan enfática como la de los autores anteriormente citados. Pero – y a observación es aún de Salo de Carvalho - “a análise das estruturas de poder proporcionadas por ele,

¹⁰⁶⁴ CARVALHO, Salo de. **Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual...**, p. 130.

¹⁰⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En Busca de las Penas Perdidas.** Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal. Buenos Aires: Ediar, 1989. p. 103.

principalmente a relativa aos estabelecimentos carcerários, confere enormes subsídios ao movimento".¹⁰⁶⁶

Igualmente hay que tener presente que el abolicionismo se muestra como movimiento multiforme y heterogéneo, cabiendo que en él se distinga, como advierte Alberto Elbert, por lo menos "*entre o abolicionismo penal radical, representado por Hulsman, que pretende o desaparecimento total do sistema, e o abolicionismo institucional, que se limita a tentar sumprimir a instituição "cadeia" com seus anexos, como os hospitais psiquiátricos forenses*".¹⁰⁶⁷

16.3.3.1 Louk Hulsman: Abolicionismo de cuño Fenomenológico

Louk Hulsman, sostiene el postulado de que es preciso abolir el sistema penal, es decir,

romper el vínculo especial que une entre sí - de modo incontrolado e irresponsable, con desprecio de las personas directamente implicadas, a base de una ideología de otra época y apoyándose sobre un falso consenso - a los órganos de una máquina ciega cuyo objeto mismo consiste en la producción de sufrimiento estéril. Tal sistema es un mal social, y los problemas que está llamado a resolver - los cuales no resuelve en absoluto, ya que nunca hace lo que se supone está llamado a hacer - deben ser abordados de otra manera. Existe otro enfoque. Yo quisiera ponerlo de manifiesto y provocar su puesta en ejecución consciente al mostrar sus ventajas. En efecto, lejos de conducir a situaciones alarmantes, la abolición del sistema penal, como yo la concibo, sería para el tejido social el signo de un renacimiento. Se trata, a la vez, de dejar vivir, fuera de las instituciones, modalidades de relación que el sistema actualmente asfixia, y de dar a las instituciones existentes una oportunidad de sostener los procesos sociales naturales, en vez de oponerse a ellos y ahogarlos. En mi mente, la abolición del sistema penal significaría la reanimación de las comunidades, de las instituciones y de los hombres.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁶ CARVALHO, Salo de. **Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual...**, p. 131.

¹⁰⁶⁷ ELBERT, Carlos Alberto. **Manual Básico de Criminologia**. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2003. p. 106.

¹⁰⁶⁸ HULSMAN, Louk; CELIS, J. Bernat de. **Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa**. Barcelona: Ariel, 1984. p. 80-81.

De esa forma, propone él, la sustitución completa de todos los sistemas formales de control social y de los organismos punitivos, caracterizados como causadores de estigmas, arbitrarios, maléficos, desiguales y cada vez más inútiles para resolver los conflictos. En su lugar, adoctrina la instalación de instancias informales intermediarias, de naturaleza comunitaria, con procedimientos más flexibles y con mayor capacidad para atender a las necesidades reales de las personas lesionadas y de presentar soluciones inmediatas a lo que llamó de “situaciones problemáticas”, mediante al empleo de métodos compensatorios, terapéuticos, educativos y asistenciales.

16.3.3.2 Thomas Mathiesen: Abolicionismo Marxista

Siguiendo orientación de claro perfil marxista, Thomas Mathiesen, autor de una de las obras significativas del movimiento abolicionista, titulada *The Politics of Abolition* (1974), entiende que la supresión de la institución carcelaria constituye primera etapa de un programa continuo de eliminación de otras estructuras de control social represivo, propias del sistema capitalista. Sobre la cuestión de si la abolición de las prisiones constituye o no blanco intangible, contesta Mathiesen, en su escrito “*A Caminho do Século XXI – Abolição, um sonho impossível?*”, que

à primeira vista, parece que sim. No mínimo, o presente e o futuro imediato parecem sombrios. O clima político favorece enormemente a prisão; realmente, o clima político aprova o ressurgimento de algo tão medieval quanto a sentença de morte. Hoje em dia, nos Estados Unidos, não existe mais o político manifestando-se contra a sentença de morte. A ordem do dia é: ‘três vaciladas e você está fora’. Porém, creio que a conclusão do ‘sonho impossível’ é muito apressada. Em um trecho provocativo sobre as vitórias abolicionistas do passado, o criminologista alemão Sebastian Scheerer lembra-nos que ‘nunca houve uma transformação social significativa na história que não tenha sido considerada irreal, estúpida ou utópica pela grande maioria dos especialistas, mesmo antes do impensável se tornar realidade’. Como exemplos, Scheerer menciona a queda do Império Romano e a abolição da escravidão moderna. Argumenta que a escravidão foi bem sucedida, aparentando ser extremamente estável, até o dia em que entrou em colapso, e os abolicionistas que estavam por perto eram considerados, no mínimo, pessoas suspeitas. Igualmente, para a maioria dos observadores, o colapso total do Império Romano na sua época era impensável.¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁹ MATHIESEN, Thomas. *A Caminho do Século XXI – Abolição, um sonho impossível?*. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da (orgs). **Conversações Abolicionistas**. Uma Crítica

Afirmó Mathiesen, disertando sobre la irracionalidad de la prisión, constituyen “un gigante sobre un suelo de barro”, o sea, un sistema aparentemente sólido, pero con pilares deficientes, con estructura semejante a las encontradas en la esclavitud y en el Imperio Romano que, a pesar de su aparente solidez, acabaron derrumbándose. Enfatiza el sociólogo noruego que la metáfora de que la prisión posee un “suelo de barro”, está relacionada a su total irracionalidad en términos de consecución de los objetivos a que se propone, una vez que es hecho notorio que en la realidad ella no rehabilita el infractor encarcelado, no le disuade de la práctica de nuevas infracciones, se mostrando consabidamente ineficaz como medio de prevención de delitos. Al contrario, lo que a experiencia acumulada en muchos años ha mostrado, con dolorosa evidencia, es la aptitud del encarcelamiento, para hacer crónico el actuar delictivo, intensificar la peligrosidad, ahondar los rasgos de maldad, inconformidad y revuelta del preso, se constituyendo, pues, instrumento fomentador de más violencia y destructivo de la personalidad. De esa forma, propone Mathiesen una alteración radical en toda esa estructura, en el sentido de ser establecidos procedimientos y mecanismos que vengan a dar énfasis “*no apoio real às vítimas, assim como nos recursos e serviços sociais ao transgressor, uma vez que a solução altamente repressiva falhou completamente*”.¹⁰⁷⁰

Subraya, aún, Mathiesen, que en el sistema penal tradicional vigente, las víctimas de las infracciones penales no reciben cualquier tipo de amparo, se quedando relegadas al plan absolutamente secundario en lo que se tiene que ver con las preocupaciones del Estado. Y dice:

ao invés de aumentar a punição do transgressor de acordo com a gravidade da transgressão, o que é básico no sistema atual, eu proporia o aumento de apoio à vítima de acordo com a gravidade da transgressão. Em outras palavras, não uma escala de punições para os transgressores, mas uma escala de apoio às vítimas. Certamente, esta seria uma mudança radical, mas que seria racional do ponto de vista das vítimas e, provavelmente,

do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997. p. 264-265.

¹⁰⁷⁰ Idem, p. 275-276.

também, útil para superar a resistência ao desmantelamento do sistema atual.¹⁰⁷¹

El combate al crimen - sostiene Mathiesen - debe se hacer, sobre todo, un programa incisivo y permanente de erradicación de la pobreza, cabiendo al Estado proporcionar a los ciudadanos condiciones dignas de trabajo, educación, salud y vivienda. En términos de política criminal defiende la legalización de las drogas, como forma posibilitadora de reducción drástica de los delitos conectados al tráfico y como instrumento implementador del vaciamiento de prisiones.

Resalta Mathiesen que el ya descrito cuadro caracterizador de la irracionalidad del sistema penal no es suficientemente transmitido a las personas, que antes son llevadas a persistir en la convicción de que las prisiones funcionan y que realmente pueden corregir y castigar, de modo ejemplar, los infractores de las normas. Esa ilusión no sólo no es desmentida, como es alimentada por los administradores leales al sistema, por científicos sociales y, sobre todo, por los medios de comunicación de masa, interesados en general en la manutención de esa quimera. Sin embargo, recuerda Mathiesen, *“se a mídia, especialmente a televisão, mudasse o conteúdo do divertimento superficial para o conhecimento crítico criaria uma mudança cultural básica, uma mudança no clima cultural, que teria repercussões em todas as áreas de pesquisadores e intelectuais, assim como de administradores”*.¹⁰⁷² A partir de esas constataciones, propone Mathiesen la creación de la, por el llamada, *“Alternative Öffentlichkeit”*, o sea, la formación de un espacio público alternativo en la política criminal *“onde a argumentação e o pensamento honesto e escrupuloso, ao em vez da diversão, representem os valores dominantes”*.¹⁰⁷³ Esa propuesta fue implantada a través del surgimiento de la organización *“KROM”*, o sea, la *“Asociación Noruega para la Reforma Penal”*, entidad de naturaleza híbrida, compuesta, entre otros, por varios intelectuales y muchos prisioneros, en cuyo seno fue desarrollada una serie de seminarios y

¹⁰⁷¹ MATHIESEN, Thomas. Op. cit., p. 276.

¹⁰⁷² Idem, p. 283.

¹⁰⁷³ MATHIESEN, Thomas. Op. cit., p. 284.

actividades culturales, con el intuito de establecer una red de opinión e información acerca de las directrices de un nuevo paradigma del sistema punitivo.

16.3.3.3 Nils Christie: Abolicionismo Fenomenológico-Historicista

Nils Christie, despunta en la línea abolicionista, relacionado a un enfoque fenomenológico-historicista. Para él, los sistemas punitivos actuales se notabilizan por presentaren efectos estrictamente destructivos, representando la ejecución de la sanción penal una amarga y estéril aflicción, que urge ser suprimida o, por lo menos, ablandada a través de la adopción de medios alternativos de resolución de los conflictos, operacionalizados mediante un proceso de descentralización del poder.

En su trabajo titulado “*Civilidade e Estado*”, revela Christie, que

uma alternativa funcional está para aparecer em muitas sociedades industrializadas. São os chamados “comitês de mediação”, ou conselhos para soluções alternativas a conflitos como as vezes são chamados. Eles aparecem de diferentes formas, mas na maioria são construídos baseados na mesma idéia: as partes em conflito devem ter a chance de se reunir, pessoas de fora devem ajudá-los; o propósito deste encontro deve ser o de criar uma avaliação do conflito e uma compensação à parte ofendida, mas não uma pena para o outro participante. A mediação, de um tipo ou de outro, pode ser vista como uma tentativa de se contrapor às tendências presentes. Na esteira da modernidade, a mediação renasceu como um instrumento para desafogar o sistema de controle do crime e, também, como estímulo a vizinhanças locais. Com certeza, este é um desenvolvimento muito promissor.¹⁰⁷⁴

Informaba aún Christie que

temos hoje na Noruega comitês de mediação estabelecidos em todas as municipalidades do país. Nós o chamamos de “Konfliktrad”, que literalmente significa “comitês para aconselhamento para solução de conflitos”. Os comitês estão divididos em 40 unidades maiores, cada um com um

¹⁰⁷⁴ CHRISTIE, Nils. *Civilidade e Estado*. In: PASSETTI, Edson; DIAS DA SILVA, Roberto B. (orgs). **Conversações Abolicionistas**. Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997. p. 252.

administrador pago tempo integral. Eles têm à sua disposição uns 700 ou 800 mediadores, que são pagos por caso. O aparato completo é custeado pelo Estado, com orçamento em torno de oito milhões de dólares americanos por ano. As partes conflitantes podem ir diretamente ao comitê, mas na maioria das vezes são levados pela polícia. Se um acordo é atingido, a polícia encerra o caso.¹⁰⁷⁵

En la visión de Christie, el contacto personal privado del delincuente con la víctima constituye una experiencia bien más persuasiva, seria y provechosa que la proporcionada por el comparecimiento formal de ambos ante a un juez criminal. Además de eso, la circunstancia de tener que cumplir un acuerdo debatido y homologado por los comités, puede generar, en el infractor, el inseguro sentimiento de que recibió una sanción más densa y enérgica de que aquella que procediese de la justicia común tradicional.

16.3.3.4 Moderación y pragmatismo en el movimiento del abolicionismo

Considerando la inviabilidad de la concretización inmediata y plena del programa abolicionista, sus adeptos, como estrategia de transición y aproximación, proponen la instauración de un amplio y creciente programa de descriminalización, desprisonalización y desjuridicización, con la transferencia progresiva, del Estado para otros sectores e instancias sociales, de las iniciativas con tendencia a la prevención, control y pacificación de los conflictos. En las líneas de ese posicionamiento pragmático, se enfatiza la convivencia de la utilización de recursos de resarcimiento de partes, transacción, conciliación, reorientación de conductas, etc., mediante formas de arbitramento y composición extra o preprocesales.

En ese sentido habla Alessandro Baratta – respaldado en Hulsman y Christie – en un sistema de “privatización de conflictos”, precipuamente direccionado a

sustituír en parte el derecho punitivo por el derecho restitutivo, otorgar a la víctima y, más en general, a ambas partes de los conflictos interindividuales,

¹⁰⁷⁵ CHRISTIE, Nils. *Civilidade e Estado*. In: PASSETTI, Edson; DIAS DA SILVA, Roberto B. (orgs). *Op. cit.*, p. 252.

mayores prerrogativas, de manera que puedan estar en condiciones de restablecer el contacto perturbado por el delito, asegurar en mayor medida los derechos de indemnización de las víctimas, son algunas de las más importantes indicaciones para la realización de un derecho penal de la mínima intervención y para lograr disminuir los costos sociales de la pena.¹⁰⁷⁶

16.3.4 Garantismo y Derecho Penal Mínimo

La temática relativa al “¿por qué castigar?”, pone en enfrentamiento dos paradigmas opuestos: los discursos abolicionistas y los justificadores del Derecho Penal. Luigi Ferrajoli, profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho de la Universidad de Camerino, una de las expresiones de mayor relieve de la actual concepción garantista, sostiene que toda la investigación acerca de la naturaleza, justificación y motivos del acto de castigar inevitablemente implicará análisis a ser desdoblado en estos dos momentos: a) por qué hay la pena, o sea, por qué se castiga; b) por qué debe existir la pena, es decir, por qué se debe castigar. Para eso los dogmáticos del Derecho Penal construyen varias teorías que buscan identificar y externar las motivaciones políticas y jurídicas correspondientes a la utilización de la pena como instrumento coercitivo, como, también, doctrinas de justificación, de naturaleza ético-filosóficas, acerca de los fines a que el Derecho Penal y las sanciones deben estar direccionados. De ese modo, resalta Ferrajoli, fueron concebidas, a lo largo de la evolución del pensamiento político penal, un conjunto de “ideologías” acerca de las finalidades atribuibles a la pena, comúnmente llamadas de “teorías de la pena” o “doctrinas de justificación”, cuyos contenidos acaban por poner en práctica una auténtica función legitimadora del Derecho existente.

Disertando sobre el tema, específicamente sobre los fines a que el Derecho Penal está direccionado, Ferrajoli se insurge contra la visión utilitarista de la pena, que inserta en la concepción general que fundamenta la legitimidad de cualquier acción social o política en la perspectiva de la “máxima felicidad de la mayoría”. Referida matriz teórica se asienta en las construcciones conceptuales de Beccaria y Bentham, y adopta como postulado único orientador del Derecho Penal, la

¹⁰⁷⁶ BARATTA, Alessandro. **Principios del Derecho Penal Mínimo...**, p. 637.

prevención general de infracciones, lo que conduce a que sea atribuido al sistema punitivo una postura de intervención máxima y de rigurosidad ilimitada. Advierte, entonces, Ferrajoli, que,

para obviar estos defectos y fundamentar una doctrina adecuada de la justificación externa y al mismo tiempo de los límites del derecho penal es necesario por tanto recurrir a un segundo parámetro de utilidad: además del máximo bienestar posible de los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados.¹⁰⁷⁷

Él cuestiona la eficacia de esa pretendida prevención general de la pena, afirmando que la práctica reiterada e ininterrumpida de delitos es demostración cabal de su malogro como medio disuasorio, circunstancia que, sin embargo, es trabajada por el Estado bajo otra visión, o sea, como indicación de que la pena conminada para determinados hechos es cuantitativamente insuficiente para generar efectos intimidatorios, patentando, por lo tanto, la necesidad de implementación de reformas legislativas urgentes e incisivas, incorporando programas de exacerbación sancionatoria.

Reconociendo, por lo tanto, la frágil eficacia preventiva de la amenaza penal, aún así sostiene Ferrajoli que el objetivo que el Estado debe perseguir, con su empleo, hay ser sobre los intereses de la mayoría no desviada de la sociedad. Lo que cumple, pues, es el alcance de la “prevención general negativa”, o sea, el evitar, en el máximo límite posible, el cometimiento de nuevos delitos, a través, de la construcción de tipos penales incriminadores, cuyo objetivo sea, verdaderamente, la tutela subsidiaria de bienes que asumen valores fundamentales de la vida social.

Pero, además de ese propósito, se dirigiendo ahora para los intereses del acusado, sugiere Ferrajoli, de forma incisiva, un mecanismo de minimización de la reacción violenta al delito, de negación de venganza o sea, que a través de la pena estatal se logre impedir a episódica emergencia de “penas informales”. Constituyen

¹⁰⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**..., p. 331-332.

estas reacciones espontáneas, desmedidas e irracionales de las víctimas, coetividad y hasta del Poder Público, en las hipótesis en que la intervención del sistema punitivo oficial y regular no se haga con inmediatividad y eficacia. Ese temor del recrudecimiento de esas manifestaciones incontroladas de replicar a los actos ofensivos, ya estuviera presente en la tradición ilustrada del Derecho Penal y atento a esa función de contención de abusos punitivos, concluye Ferrajoli que

la pena no sirve sólo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos; que nos se amenaza con ella y se la impone sólo ne peccetur, sino también ne punietur; que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas.¹⁰⁷⁸

A través de esa visión dualista de prevención negativa, se fija un balizamiento para las márgenes penales, pues, según él, la finalidad de la “prevención general de delitos” señala el “límite máximo” que las penas deben ostentar, mientras que el objetivo de la “prevención de penas arbitrarias” y de manifestaciones vengativas, traza el “límite máximo” de su intervención. Sin embargo, enfatiza el maestro de Camerino, que cuando de la existencia de un proceso penal contradictorio, referidas finalidades se chocan, involucrando *“la acusación, interesada en la defensa social y por consiguiente en maximizar la prevención y el castigo de los delitos; y la defensa, interesada en la defensa individual y por tanto en maximizar la prevención de las penas arbitrarias”*.¹⁰⁷⁹ Apesar de subrayar la importancia de la prevención general de los delitos como finalidad propia de Derecho Penal, incluso destacando la posición prevalente que ocupa en las estrategias de actuación del Poder Público, Ferrajoli da énfasis especial a la función de la prevención general de las penas desproporcionadas y de los excesos de una *“vendetta”* espontánea, emotiva e incontrolada, visualizándola como incumbencia provista de mayores perspectivas de realización exitosa, hasta con el empleo de sanciones moderadas, además de construir pieza imprescindible en la edificación de un sistema de Derecho Penal mínimo y garantista. Por lo tanto, según el paradigma asegurador de Ferrajoli, la

¹⁰⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**..., p. 332.

¹⁰⁷⁹ Idem, p. 334.

principal finalidad de cuyo alcanzamiento el ordenamiento jurídico está incumbido es la de evitar la venganza privada, minimizando la presencia de la violencia en la colectividad, *“previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales”*.¹⁰⁸⁰ El Derecho Penal, por lo tanto, no se queda unido a la tutela social contra las conductas desviantes, pero busca, fundamentalmente, proteger la figura del “débil” contra su oponente “más fuerte”, que, en el momento del delito, se centraliza en la persona del delincuente, pero cuando de la reacción ante a él, o sea, en el instante de la venganza, recae sobre la parte ofendida, se caracterizando, de esa forma, el sistema punitivo como la *“ley del más débil, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte”*.¹⁰⁸¹ Constituye, de ese modo, el Derecho, verdadero instrumento garantista de tutela de los derechos fundamentales, protegiendo la dignidad de los ciudadanos y combatiendo las arbitrariedades de las prohibiciones y castigos, pues, sólo de esa forma, con esas normas programáticas, es posible se obtener una auténtica doctrina justificadora de la pena en consonancia con la teoría del garantismo penal.

Como observa Elena Larrauri, la posición garantista en resumen sostiene: “el derecho penal no (sólo) legitima la intervención penal también la limita; el derecho penal no (sólo) permite castigar, también permite evitar castigos excesivos”.¹⁰⁸²

Cabe resaltar que Ferrajoli no admite que se designen a la pena cualesquiera finalidades de cuño positivista, alusivas a la resocialización, enmienda, cura o reeducación del delincuente. Esto porque, a partir de una línea jurídico-política de secularización del Derecho Penal moderno, que determina la necesaria separación entre el Derecho y la Moral, no compite a aquél operar como instrumento de sanción, imposición y refuerzo de una determinada moral, pero sí como medio de tendencia a impedir la realización de conductas lesivas a bienes jurídicos ajenos, acarreando, por consecuencia, la consolidación del postulado de que a la pena, en su ejecución,

¹⁰⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 335.

¹⁰⁸¹ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁸² LARRAURI, Elena. **La Herencia de la Criminología Crítica**. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2000. p. 224.

está vedado pretender alcanzar la transformación de la personalidad de los condenados. Aclara Ferrajoli que

el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es. Las penas, consiguientemente, no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente predeterminadas y no agravables con tratamientos diferenciados y personalizados de tipo ético o terapéutico.¹⁰⁸³

La propuesta garantista se opone, igualmente a la orientación de las teorías absolutas de la pena, que se equivocan por no trazaren la necesaria distinción entre los cuestionamientos atinentes al “por qué castigar” y al “cuándo castigar”, relacionados, respectivamente, a la legitimación externa e interna de la pena, así como no establecen la separación entre el Derecho y la Moral, pues la propuesta de la pena funcionando como un mecanismo restaurador del orden social flaco por el cometimiento de la infracción penal está conectada a la idea subjetiva de la perversidad del delincuente, representando, aún, un conjunto de doctrinas propensas a justificar modelos autoritarios de Derecho Penal máximo. Según Ferrajoli

las doctrinas que atribuyen a la sanción penal el “fin” de retribuir, reparar o reprimir los delitos eluden en realidad el problema de la justificación externa de la pena. En efecto, decir que la pena está justificada ob malum actionis, quia peccatum, quia prohibitum, o algo por el estilo, si bien equivale a decir cuándo está justificado (o es posible, o lícito) castigar, no dice sin embargo absolutamente nada acerca del por qué está justificado (o es necesario, u oportuno) castigar.¹⁰⁸⁴

Además de eso, el modelo de justificación garantista de la pena se muestra contrario a las tesis utopistas y regresivas del abolicionismo, considerando que la concretización de sus postulados haría con que se constituyese, subraya Ferrajoli, o

¹⁰⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 223-224.

¹⁰⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 256-257.

una sociedad salvaje carente de cualquier orden y abandonada a la ley natural del más fuerte o, alternativamente, de una sociedad disciplinaria, pacificada y totalizante, en la que los conflictos son controlados y resueltos o, peor aún, prevenidos, mediante mecanismos ético-pedagógicos de interiorización del orden, o de tratamiento médico, o de panoptismo social e incluso policial.¹⁰⁸⁵

El proyecto abolicionista, recuerda aún Ferrajoli, menosprecia el modelo garantista y no contribuye de ninguna forma a la construcción de un programa que venga a solucionar los varios problemas relacionados a los límites y al control de poder punitivo estatal, no obstante tenga, a través de la difusión de sus ideales, colaborado, por ejemplo, para la consolidación de la Criminología Crítica, estimulando investigaciones sobre los orígenes culturales y sociales de la criminalidad y la relatividad histórica y política de los intereses tutelados por el Derecho Penal.

Por fin, Ferrajoli ataca con vehemencia las doctrinas de la prevención general positiva de matriz funcionalista que atribuyen a la pena la función de integración social a través del refuerzo del sentimiento de fidelidad al Estado, corporeizando una ideología de legitimación apriorística del sistema punitivo. Para Ferrajoli, al reducir el individuo a un “subsistema físico-psíquico”, funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social general, tal como preconiza Jakobs,

dicha doctrina se acompaña inevitablemente de modelos de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona. El punto de vista de la justificación externa desaparece también en este caso, quedando enteramente reducido al punto de vista interno, importando poco que éste, en vez de identificarse con el ethos del estado o con cualquier pretendida moralidad interna del derecho, se haya convertido en la mera exigencia funcional de autoconservación del sistema político.¹⁰⁸⁶

Construye, de esa forma, Ferrajoli, un modelo de Derecho Penal mínimo y garantista, estructurado en las ideas centrales de que la pena constituye no sólo un instrumento de prevención de infracciones penales como, también, de cohibición de castigos injustos, de los cuales el ordenamiento punitivo debe proteger no sólo la

¹⁰⁸⁵ Idem, p. 251.

¹⁰⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 275.

víctima del hecho delictivo, como, también, el delincuente, expuesto a las reacciones informales, privadas o públicas. Por lo tanto, una concepción laicizada, que demarca nítidamente los campos del Derecho Penal y de la Moral; un programa punitivo que pretende concretizar el postulado del “utilitarismo reformado”, que busca instaurar condiciones propiciadoras del “máximo bienestar posible de los no desviados” y del “mínimo malestar necesario de los desviados”; una orientación que busca minimizar la violencia y el arbitrio punitivo y maximizar la libertad y la seguridad de los ciudadanos. De ese modo, conforme asevera Salo de Carvalho,

o garantismo jurídico-penal, entendido desde a perspectiva crítica do direito, não se apresenta apenas como alternativa viável aos modelos de criminalização excessiva e punição desproporcional, mas, também, como modelo alternativo ao proposto pela teoria abolicionista.¹⁰⁸⁷

En síntesis, representa esa línea de pensamiento, del mismo modo con la *diversión* y el *abolicionismo*, reacción frontal tanto a la ideología de la pena terapéutica o resocializadora, como a los exageros del exclusivismo retribucionista del *neoclasicismo*.

Se trata, pero, de la respuesta bien más comedida y realística que las enunciadas por las otras dos mencionadas vertientes programáticas político-penales.

Esa corriente protagonizada por Ferrajoli, ha sido adecuadamente denominada “*minimalismo penal*”. Con relación a sus líderes exponenciales, pueden ser añadidos, entre otros, los nombres de Alessandro Baratta y Wolfgang Naucke¹⁰⁸⁸.

Inspirados, de esa forma, en los ideales de la tolerancia y de la secularización y dando énfasis a la imperiosa necesidad del acatamiento pleno de las prerrogativas fundamentales de los ciudadanos, en la tradición iluminista, preconiza el minimalismo una reducción de la intervención punitiva estatal, que, unida al

¹⁰⁸⁷ CARVALHO, Salo de. **Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual...**, p. 143.

¹⁰⁸⁸ STRAFRECHT. **Eine Einführung**. Berlin: Alfred Metzner Verlag, 1991.

estrictamente necesario a la efectiva tutela de los bienes jurídicos, habrá de atenerse a los infranqueables límites de los derechos humanos.

Como reitera Salo de Carvalho,

o discurso garantista propõe um saber (jurídico-político) alternativo ao neobarbarismo defensivo capitaneado pelos movimentos hipercriminalizadores dos discursos de Lei e de Ordem, Tolerância Zero e Esquerda Punitiva, potencializados pelas ideologias de Defesa Social. Hoje, o processo de desregulamentação penal e de deformação inquisitiva do processo, realidade perceptível em quase todos os países ocidentais devido à nova 'guerra santa' contra a criminalidade, gerou total ruptura com a estrutura clássica do direito e do processo penal. A perda do significado ilustrado do direito e a legitimidade de novo irracionalismo, potencializado pelas teses neoliberais de Estado mínimo na esfera social e máximo na esfera penal, redundam na solidificação de verdadeiro Estado Penal.¹⁰⁸⁹

Conforme ya se ha referido anteriormente, en la línea de pensamiento garantista, lo que legitima el Derecho Penal como sistema racional y operativo, es el hecho de él constituir medio de busca en la minimización de la violencia en la sociedad y el cumplir doble función preventiva, a saber: prevención de los delitos y de los males generados por ellos y prevención de las reacciones extremadas, desmedidas e injustas dirigidas contra sus autores.

Se impone, por lo tanto, el modelo de Derecho Penal máximo, de contenido incondicionado e ilimitado, caracterizado, como señaló el propio Ferrajoli,

por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación.¹⁰⁹⁰

Reflexionando sobre las proyecciones de esa postura minimalista en el campo del proceso penal, alerta Aury Lopes Júnior que

¹⁰⁸⁹ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 80-81.

¹⁰⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 105.

a efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal.¹⁰⁹¹

¹⁰⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. p. 14.

Capítulo 17

EL MOVIMIENTO DE LA LEY Y ORDEN EN BRASIL

17 EL MOVIMIENTO DE LA LEY Y ORDEN EN BRASIL

17.1 DETERMINACIONES PREVIAS

Hemos visto, en las páginas anteriores, los distintos rumbos que el pensamiento penal y criminológico y las propuestas de política criminal tomaron delante de la desesperanza establecida con respecto a resultados resocializadores que pudieran advenir de la imposición de la sanción criminal. Constatamos que una de estas direcciones conceptuales y de praxis de control y represión a los delitos está representada por el llamado movimiento de la “law and order”. En las próximas líneas, volveremos a enfocar este programa citado, pero, ahora, sólo para describir, en líneas generales, el modo como el programa viene manifestándose en el sistema jurídico brasileño.

17.2 TENDENCIAS DE HIPERTROFIA PUNITIVA EN BRASIL PANPENALISMO Y LOS CRÍMENES HORRENDOS

En Brasil, país que se caracteriza por grandes disparidades sociales y por el ensanchamiento de las capas de pobreza, la orientación político-criminal del “Movimiento de la Ley y del Orden” se ha hecho naturalmente presente en varias situaciones, estimulando la ampliación y la intensificación de los medios de intervención del aparato policial y judicial y la supresión de algunas garantías jurídicas mínimas, con la ilusoria pretensión de, a través del Derecho Penal máximo, poder amenizar la escalada del estado de miseria individual y social y contener el impacto de los crecientes disturbios urbanos.

Ejemplo típico de influencia y actuación de este movimiento, se manifestó en el art. 5º, XLIII, de la Constitución Federal, del 5 de octubre de 1988, como también en la reglamentación de este mismo dispositivo, a través de la Ley 8072, del 25 de julio de 1990. Versando sobre crímenes horrendos, práctica de tortura, tráfico ilícito

de estupefacientes y drogas afines, además del terrorismo, tales normas acabaron, como hemos visto, por eliminar tradicionales garantías y principios fundamentales de orden penal y procesal, instituyendo, por ejemplo, la insuceptibilidad de la fianza y de la libertad provisional, la imposibilidad de la aplicación de institutos extintivos de la punibilidad, tales como la amnistía, la gracia y el indulto, la imposición al condenado por tales infracciones del cumplimiento de la pena privativa de libertad integralmente en el régimen cerrado (norma entendida como inconstitucional por el STF, en decisión de 23/02//06), el aumento de plazo de prisión temporal y la elevación desproporcional en los márgenes penales de algunas figuras delictivas. A propósito de este inciso XLIII, del art. 5º, vale recordar que, en lo que toca a los delitos omisivos impropios o comisivos por omisión, y contrariando toda una nítida tendencia jurisprudencial y doctrinal, además de eso expresa en el art. 13, párrafo segundo, del Código Penal, llegó el constituyente a trazar una fórmula unicategorial en la definición de esta modalidad de ilícito, estatuyendo que responderán por tales omisiones con ilicitud intensificada todos aquellos que, habiendo podido evitar los resultados producidos, hubieren dejado de hacerlo. Suprimida se quedó, por lo tanto, la delimitación típica de estas infracciones, cuando efectivadas omisivamente, la referencia a la posición de garante (“Garantenstellung”), lo que implica equiparación total entre causación del resultado lesivo y su no evitación, significando intolerable extensión de la responsabilidad penal.

Desde ahí, en Brasil, la ideología de la “law and order” viene atingiendo creciente resonancia y número ampliado de adeptos en sectores influyentes de la Magistratura, del Ministerio Público, del Poder Legislativo, de la Policía, de los medios de comunicación, de la comunidad jurídica y de las representaciones sociales. La propalada “ola criminal” tiene acelerado de manera colosal la producción legislativa creadora de nuevos tipos penales incriminadores y exarcebadores de penas, de las cuales son ejemplos, entre otras, además de la mencionada Ley 8072/90, el Código de Defensa del Consumidor (Ley 8078/90); las leyes que definen los delitos contra el sistema financiero (Ley 7492/86) y contra el orden tributario y económico (Ley 8137/90); la que disciplina la prevención y represión de acciones cometidas por organizaciones criminales (Ley 9034/95); la ley que pune la práctica de tortura (Ley 9455/97) y el lavado de dinero (Ley 9613/98, parcialmente alterada por la Ley 10.701/03); la que contempló el delito de asedio sexual (Ley 10.224/01),

además de las nuevas conminaciones presentes en la Ley 10.741/03 (Estatuto del Anciano), en el nuevo conjunto de normas que disciplina el desarme (Ley 10.826/03) y la ley sobre violencia doméstica (Ley 11.340/06). Cabe destacar, también, conforme ya subrayamos, la ley que dispone sobre las sanciones penales y administrativas derivadas de conductas y actividades lesivas al medio ambiente (Ley 9605/98), en la cual se fijó, innovadoramente, en el ordenamiento jurídico-penal brasileño, la responsabilidad penal de la persona jurídica, un ejemplo claro de imputación penal puramente objetiva y que lesiona frontalmente el principio de culpabilidad, y tantos otros productos legislativos, algunos ya en pleno vigor y otros en acelerado proceso de gestación. Todavía se puede aún recordar en este séquito de normas desusadamente incisivas, la Ley 10.792/03, que instituyó el llamado “Régimen Disciplinar Diferenciado” (RDD)¹⁰⁹².

Como observa y deplora Gevan Almeida,

passamos a conviver com algumas leis que representam um verdadeiro retrocesso no que tange aos direitos e garantias individuais, verdadeira concessão aos postulados do movimento da law and order, que defende medidas drásticas no combate à criminalidade, como, por exemplo, penas severas, que deverão ser cumpridas em regime fechado, proibição de liberdade provisória e o desprezo de certos direitos e garantias processuais.
¹⁰⁹³

Así que el Derecho Penal brasileño, tal como en los demás países, viene dejando de lado el estilo clásico, con un semblante fragmentario y subsidiario, y pasa a adquirir aspectos simbólico, promocional y de contundente intervención, propalando la utilización de instrumentos represivos de implacable rigidez, como un mecanismo pretensamente indispensable para la solución de todos los conflictos verificados en la sociedad. Es la consagración de la creencia de que los problemas sociales y el fenómeno delincencial se solucionan o se atenúan con la creación de nuevas normas incriminadoras, con al hipertrofia cualitativa y cuantitativa de las

¹⁰⁹² Sobre el tema cfr.: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **O Suplício de Tântalo...**, p. 6.

¹⁰⁹³ ALMEIDA, Gevan. **Modernos Movimentos de Política Criminal e seus Reflexos na Legislação Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 97.

sanciones penales, con la eliminación o la mitigación de algunas garantías del reo y con la implantación de un proceso de ejecución penal primado por normas extremadamente duras.

Ante eso, observa con apropiada ironía Maria Lúcia Karam,

fazendo acreditar na fantasia de uma falsa solução, que, além de ineficaz e inútil, causa sofrimentos desnecessários, seletiva e desigualmente distribuídos, provocando, ainda, um enorme volume de violência, sob a forma de deterioração moral, privação da liberdade e morte, o sistema penal poderia, facilmente, se enquadrar entre os produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos, cuja publicidade enganosa ou abusiva se pretende proibir, através da paradoxal criação de novos crimes, por uma lei penal, que, assim, contraria a si mesma.¹⁰⁹⁴

Se percibe que tal orientación contagió también la sociedad brasileña que, frecuentemente, clama por sanciones penales más enérgicas y crueles.

En la doctrina penal nacional, encontramos algunos simpatizantes de este Derecho Penal autoritario, simbólico, como, por ejemplo, Jarbas Masón que, comentando la Ley de los Crímenes Horrendos, lamentó la ausencia de la previsión de la pena capital en cuanto instrumento sancionario para algunos delitos graves, haciendo con que – alega –, referida legislación perdiera, de forma flagrante, su capacidad preventivo-intimidatoria, porque, según él,

o sentimento da população está voltado para o conceito de que nada adiantará a exasperação das penas, por tais infrações, se a resultante disso é a prisão por mais tempo dos sentenciados de alto risco social, com maior dispêndio de verbas públicas, pagas pelos próprios contribuintes.¹⁰⁹⁵

Más adelante, en su análisis, celebra el autor la eliminación, en la referida ley, de ciertas garantías jurídicas, que destacamos arriba. Sin embargo, hace un alerta

¹⁰⁹⁴ KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. Niterói: Luam, 1993. p. 207.

¹⁰⁹⁵ MAZZONI, Jarbas. A lei penal como instrumento de prevenção à criminalidade. A Lei 8.072, de 1990, como instrumento de prevenção aos crimes referidos no art. 5º, XLIII, da Constituição da República. In: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**, n. 127, p. 24-27, 1990, *apud* SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. p. 92.

en el sentido de que siempre existirán “*aqueles que, por motivos vários, de ordem ideológica ou religiosa, não acreditam na utilidade de penas severas e pretendam desmoralizar o novo ordenamento com outros subseqüentes, de teor mais brando*”.

1096

Sosteniendo un posicionamiento similar, asevera Valdir Sznick que “a lei sobre os crimes horrendos, Lei 8.072, de 25.07.90, editada em complemento ao preceito constitucional – art. 5º, inciso XLIII - visou não só adequar o preceito constitucional à normativa penal como também atender a imperativos de ordem jurídico-social”.¹⁰⁹⁷ Según Sznick, la finalidad principal que orientó su elaboración fue la de “atender aos reclamos da população que se encontrava aterrorizada e cuidando-se de evitar um pânico coletivo”.¹⁰⁹⁸ Refiriéndose a los reflejos de la “law and order” en la construcción legislativa y dogmática penal brasileña, recuerda el autor que “por volta de 1980, constituiu o governo no Ministério da Justiça uma comissão de juristas e criminólogos para o tema de violência e criminalidade”.¹⁰⁹⁹ Informa el mismo autor que, de los estudios y debates entonces habidos, se publicaron trabajos reunidos en los “Archivos del Ministerio de la Justicia, n. 152”, donde se encuentran, entre otras, las siguientes recomendaciones: a) las leyes de represión deben ser menos tolerantes; b) deben concederse menos regalías a los presidiarios (se nota que no existía, aún, la Ley de Ejecuciones Penales y sus favores); c) debe buscarse la mejor terapia de condicionamiento, tratando a los violentos con disciplina y firmeza.¹¹⁰⁰

Se percibe, igualmente, que las directrices de este movimiento han repercutido y transitado sin turbulencias en el Poder Judicial, haciendo con que algunos jueces vengan a utilizar, en el alardeado procedimiento silogístico de solución de los conflictos, como premisa mayor, además de la ley, muchas veces ya

¹⁰⁹⁶ MAZZONI, Jarbas. A lei penal como instrumento de prevenção à criminalidade. A Lei 8.072, de 1990, como instrumento de prevenção aos crimes referidos no art. 5º, XLIII, da Constituição da República. Op. cit., p. 92.

¹⁰⁹⁷ SZNICK, Valdir. **Comentários à Lei dos Crimes Hediondos**. São Paulo: Universitária de Direito, 1993. p. 1.

¹⁰⁹⁸ Idem, ibidem.

¹⁰⁹⁹ Idem, p. 4.

¹¹⁰⁰ Arquivos do Ministério da Justiça, n. 152, Brasília, 1979, p. 81, *apud* SZNICK, Valdir. Op. cit., p. 4.

elaboradas en los moldes de la "law and order", una dogmática jurídico-penal y un acervo de principios orientados conforme los paradigmas de un Derecho Penal simbólico o, de acuerdo con la expresión utilizada por Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde, de un "Derecho Penal para enemigos", es decir, un ordenamiento jurídico dirigido *“para determinadas formas de criminalidad o determinados tipos de delincuentes, a los que se priva incluso de las tradicionales garantías del Derecho penal material y del Derecho procesal penal”*.¹¹⁰¹

Sobre esa influencia que el Movimiento de la Ley y Orden ha ejercido en la actuación de algunos juzgadores, la profesora Thaís Vani Bemfica recuerda una noticia publicada en el periódico Estado de Minas, del 30 de agosto de 1995, informando que *“um juiz da vara criminal de Belo Horizonte, julgando um autor por crime de estupro, proclamou a necessidade de adoção da pena de castração, bem como das penas de morte e de prisão perpétua, como forma de diminuir a criminalidade que a legislação ainda não conseguiu coibir”*.¹¹⁰² Esta estrategia, en la visión del riguroso magistrado, se justificaría por el hecho de que la legislación actual, blanda y protectora con respecto a los delincuentes, no ha sido un instrumento eficiente para atenuar la delincuencia y proporcionar la resocialización de los condenados. Así que, concluye el juez, *“se isso significa retorno à Idade Média, não importa. Importa que a pena de castração trouxe resultados proveitosos em 1833 para as famílias”*.¹¹⁰³

No es muy distinta la opinión apoyada por algunos miembros del Ministerio Público, quienes también nutren simpatía por los postulados del Derecho Penal máximo. Este es el caso, por ejemplo, del procurador de la Justicia del Estado del Río de Janeiro, Sérgio Demoro Hamilton, que, en un texto titulado “O Custo Social de uma Legislação Penal excessivamente Liberal”, teje fuertes críticas al legislador brasileño por haber creado, desde el final de la década de setenta, una serie de beneficios penales y procesales a los delincuentes en detrimento, según el

¹¹⁰¹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 37.

¹¹⁰² BEMFICA, Thaís Vani. **Crimes Hediondos e Assemelhados**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 24.

¹¹⁰³ Idem, p. 24.

procurador, de la sociedad conciliadora y en flagrante falta de respecto con las víctimas de las infracciones penales. Para Hamilton, “*mediante sucessivas capitulações do legislador, sempre concedendo mais e mais favores para o crime e para os criminosos, vamos, aos poucos, entregando ao Minotauro uma donzela atrás da outra*”.¹¹⁰⁴ Ante esta situación, en su interpretación extremadamente benevolente con respeto a la criminalidad y a sus protagonistas, propone Sérgio Demoro, como correctivo, algunas modificaciones radicales en la legislación brasileña. Como ejemplo, plantea la reducción del empleo de penas alternativas a la prisión y exigencias acrecidas para la concesión de las mismas; la construcción de nuevas penitenciarías, a fin de garantizar que el creciente número de condenados a penas privativas de libertad vengan, efectivamente, a cumplir estas penas; la elevación de los valores para la concesión de fianza; la alteración del texto del art. 594 del Código de Proceso Penal, de modo que se extienda la exigencia de conducción a la prisión o la prestación de fianza como condición para la interposición del recurso de apelación, mismo al condenado primario y con buenos antecedentes, toda vez que el delito por él cometido se revista de especial gravedad, evidenciada tanto en la magnitud de la lesión producida como en la nítida alta peligrosidad del agente; la ampliación para un tercio de cumplimiento del tiempo de la pena de prisión para la obtención de la progresión de régimen; la ampliación del elenco de recursos admisibles al Ministerio Público; la supresión del recurso de protesta por un nuevo jurado, previsto en el art. 607 del Código de Proceso Penal; la reducción de la edad de imputabilidad penal, de los actuales dieciocho para dieciséis años, en las hipótesis de crímenes horrendos y de delitos cometidos con el uso de violencia o grave amenaza, mantenido el límite de dieciocho años para las demás infracciones penales; la extensión de los plazos habilitadores, al condenado, de la concesión de libertad condicional, fijándose las exigencias de cumplimiento de más de la mitad de la pena para el no reincidente en delito doloso y de más de dos tercios en caso de reincidencia dolosa. Concluye el fervoroso procurador que

¹¹⁰⁴ DEMORO HAMILTON, Sérgio. O Custo Social de uma Legislação Penal Excessivamente Liberal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, Ano II, n. 10, p. 9, 2001.

é preciso que o sentenciado sinta, por mais tempo, o dissabor da prisão para que possa dar mais valor à liberdade, não voltando a delinquir. Se ele sabe, como atualmente ocorre, que, cumprindo um sexto da pena, já poderá usufruir de semi-liberdade, passando para um regime prisional menos severo e, pouco depois, já obterá livramento condicional, a privação da liberdade individual terá, em relação ao sentenciado, menos impacto. Por outro lado, a sociedade se verá mais protegida com o afastamento, por mais tempo, do seu meio de indivíduos realmente perigosos e, na atualidade, cumpre acentuar, somente eles encontram-se presos.¹¹⁰⁵

Aún en el ámbito del Ministerio Público, cabe destacar el posicionamiento del Promotor de Justicia Daniel Sperb Rubin que, demostrando fuerte entusiasmo con la doctrina norteamericana de la "Broken Windows Theory" y de la operación de política y seguridad pública de la "Tolerancia Cero", elevándolas a la categoría de ejemplos victoriosos de combate a la criminalidad, propone, en Brasil, un proyecto similar, mediante un programa de incremento en la represión a las faltas y a los pequeños delitos, como forma de mantenerse el orden social y la prevención de delitos graves. El autor entiende como equivocada la lectura que los adeptos del garantismo hacen de los principios de la fragmentariedad y de la intervención mínima del Derecho Penal con la propuesta de que sólo se criminalicen las conductas que encierren actos de violencia física o grave amenaza. Según Rubin,

quando as pequenas janelas estão quebradas, não adianta correr para tentar evitar que as grandes janelas sejam quebradas. Elas inevitavelmente o serão. Ou seja, não adianta invocar o Direito Penal para cuidar dos crimes violentos quando desprezou-se seu poder de coerção com relação a crimes menores, invocando-se princípios como o da intervenção mínima. Isto significa atuar apenas no resultado e não na prevenção. O resultado só pode ser o aumento da criminalidade.¹¹⁰⁶

El penalista Alberto Silva Franco, realizando un análisis minucioso sobre los factores conducentes a este pensamiento político criminal, que vendría a se tornar preponderante en Brasil, notablemente a partir de los años noventa del siglo XX, señala los siguientes: a) el deseo de ofrecer a la población normas provistas de

¹¹⁰⁵ DEMORO HAMILTON, Sérgio. Op. cit., p. 14.

¹¹⁰⁶ SPERB RUBIN, Daniel. Janelas Quebradas, Tolerância Zero e Criminalidade. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 49, p. 197, 2003.

denso contenido simbólico y promocional, destinadas a demostrar, aparatosamente, el desvelo del Estado con respecto a la contención enérgica de la criminalidad; b) un programa punitivo que reconoce, exalta y confía en el carácter alegórico, ejemplar y autoritario del Derecho Penal, encarando como panacea social, remedio extremo e infalible para todos los desconciertos y asintonías sociales. Lo más curioso y lo que más impresiona en todo esto – señala Silva Franco –, es que este arsenal de normas fue montándose en un periodo de apertura democrática y de festejadas conquistas políticas y sociales. Para el autor aquí citado, toda esta incisiva producción legislativa se basa en los siguientes aspectos:

a) no incremento da criminalidade violenta direcionada a segmentos sociais mais privilegiados e que até então estavam indenes a ataques mais agressivos (seqüestro de pessoas abonadas ou de alto estrato político ou social, roubos a estabelecimentos bancários etc.); b) no terrorismo político e até mesmo no terrorismo imotivado, de facções vinculadas tanto à esquerda como à extrema direita; c) no crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; d) no avanço do crime organizado pondo à mostra a corrupção e a impunidade; e) no incremento da criminalidade de massa (roubos, furtos, etc) que atormenta o cidadão comum; f) na percepção do fenômeno da violência como dado integrante do cotidiano, omnipresente na sociedade; g) no conceito reducionista de violência, fazendo-o coincidir com o de criminalidade; h) na criação, pelos meios de comunicação social, de um sentimento coletivo e individual de insegurança e no emprego desses mesmos meios para efeito de dramatização da violência e para seu uso político.¹¹⁰⁷

En lo que toca a los crímenes horrendos y asemejados, cabe inicialmente recordar que, entre la promulgación de la Constitución Federal de 1988 y el surgimiento de la ley que vino a reglamentar su art. 5º, XLIII (Ley 8072, del 25 de julio de 1990), transcurrieron casi dos años, sólo al fin de los cuales, de forma inesperada y solerte, se vio el país sorprendido con la entrada en vigor de este contundente conjunto de normas, discutido, aprobado y sancionado presurosamente en el Parlamento, sin oportunidad para deseable y amplio debate, de que debería haber participado toda comunidad jurídica del país, además de Universidades, representaciones de sectores eventualmente involucrados o interesados en la temática y la población en general.

¹¹⁰⁷ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. p. 78-80.

Márcio Bártoli manifestó en los siguientes términos su extrañeza por el ritmo inusitadamente célere impreso a la producción de este reglamento legislativo, de claro y confeso acento emergencial:

se dezenas de preceitos constitucionais aguardam regulamentação desde a promulgação da Carta de 1988, é de indagar-se por que o legislador ordinário preocupou-se justamente com a disposição do art. 5º, inciso XLIII, da Carta, que previu os crimes hediondos, elaborando, para tanto, uma lei com dispositivos de extrema severidade?.¹¹⁰⁸

Según Antônio Lopes Monteiro,

para tentar explicar essa pressa, o que não justifica de forma alguma as imprecisões contidas e os conflitos gerados, devemos entender o momento de pânico que atingia alguns setores da sociedade brasileira, sobretudo por causa da onda de seqüestros no Rio de Janeiro, culminando com o do empresário Roberto Medina, irmão do Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro, Rubens Medina, considerado a gota d' água para a edição da lei.¹¹⁰⁹

Posteriormente a la publicación de la Ley 8072/90, surgió la Ley 8930, del 6 de septiembre de 1994, que incluyó en la categoría de los crímenes horribles tanto el homicidio simple – cuando se cometa en actividad típica de grupo de exterminio –, como el homicidio calificado. La razón de esta alteración ampliadora de la legislación estuvo esencialmente en el amplio movimiento de movilización de la opinión pública liderada por la escritora de telenovelas Glória Peres, con amplio y estridente apoyo de los medios de comunicación, clamando por tratamiento punitivo severo para el delito de homicidio, en consecuencia del asesinato, trágico y cruel, en el 28 de diciembre de 1992, de la actriz de televisión Daniella Peres, hija de la referida escritora, delito que alcanzó grande y perenne repercusión nacional.

Por lo tanto, la Ley 8930/94 no nació de estudios, sondeo e investigaciones criminológicas y sociales idóneas, tampoco del levantamiento de datos consistentes y científicamente comprobados que pudieran indicar la importancia y la necesidad de

¹¹⁰⁸ BÁRTOLI, Márcio. Op. cit., p. 70.

¹¹⁰⁹ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos...**, p. 4.

esta legislación excepcional y extrema. Constituye, en realidad, obra legislativa precipitada y reactiva, oriunda, fundamentalmente, de la presión ejercida por los medios de comunicación sobre el Congreso Nacional, instigado a presentar un producto normativo apto a generar la tranquilizadora, pero falaz, idea de que es posible proporcionar a la población una mayor seguridad a través de un Derecho Penal duro, implacable y feroz.

Enseña Salo de Carvalho que estos movimientos de “ley y orden”, estos modelos represivos, estereotipantes y autoritarios, de guerra contra el crimen y contra el delincuente, están fuertemente imbuidos de la ideología y de los postulados de un exacerbado defensismo social y se caracterizan por restringieren derechos y garantías constitucionales. Y aduce: *“instrumentalizam-se a partir do mass media, nos quais encontram sua principal arma de produção de consenso, no que diz respeito aos malefícios ocasionados pela criminalidade e a necessidade de desenvolver e maximizar o sistema criminal”*.¹¹¹⁰

En el curso de este desorientado desdoblamiento legislativo vivido por Brasil, emergió, después, del Congreso Nacional, con fecha del 20 de agosto de 1998, la Ley 9695, que introdujo nuevas conductas en el cuadro de los crímenes horrendos, trazado por la Ley 8072/90, cuales sean la “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais”. Los motivos de tales acrecimientos son perfectamente descifrables: son consecuentes, básicamente, de la exposición bombástica, por parte de la prensa escrita y hablada, del escándalo de la falsificación de remedios realizada por algunos laboratorios farmacéuticos, ocurrencias verificadas en el segundo trimestre del año de 1998. Retrata, con precisión, Antônio Lopes Monteiro, que

nesse ano o governo descobriu 138 medicamentos falsos nas prateleiras das farmácias. Era assunto diário nos noticiários, de forma gritante, e os jornais a cada dia revelavam outros produtos falsificados, pondo em xeque a credibilidade dos laboratórios e a eficácia de seus remédios. Da pílula de farinha Microvlar até a falsificação do antibiótico Amoxil, passando pelo remédio para o câncer de próstata, o Androcur, veio à tona o que todos já conheciam, mas que se mantinha, por conveniência ou ineficácia das autoridades ou por ambos os motivos: a ação de quadrilhas bem organizadas e inescrupulosas que se aproveitavam da precária fiscalização

¹¹¹⁰ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil...**, p. 155.

para enriquecer, pondo em risco a saúde e a vida da população. Assim é que, depois de noticiado que mulheres haviam engravidado tomando a pílula falsa, e que alguns idosos haviam morrido depois de medicados com Androcur sem princípio ativo, a sociedade civil exigia das autoridades uma tomada de posição enérgica.¹¹¹¹

Lo más grave de esta ley es que su enunciado, torpe e impreciso, da guarida a la desatinada interpretación de que pueden incluirse entre las hipótesis configuradores de crímenes horrendos también los actos de falsificación, corrupción, adulteración o alteración de simples cosméticos o sanadores, mencionados en el párrafo primero, “A”, del art. 273, del Código Penal, con redacción determinada por la Ley 9677, del 2 de julio de 1998.¹¹¹² Con esto, observa Alberto Silva Franco, se edificó la absurda situación, violadora del principio de proporcionalidad, de que *“em igual nível punitivo – dez anos de reclusão, no mínimo – podem ser apenados tanto quem falsifica produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais quanto quem falsifica xampu para caspas, esmalte de unhas, batom ou água sanitária”*.¹¹¹³

Este tema, que genéricamente pasó a ser designado como “falsificación de remedios”, agradó sumamente a los medios de comunicación, contagiando emocionalmente la opinión pública y la solución encontrada fue, otra vez, la del recurso al Derecho Penal, para calmar la población y satisfacer, en la feliz expresión de Alberto Silva Franco, los *“famosos ‘bustos falantes’ que ancoram os telejornais nacionais”*.¹¹¹⁴

¹¹¹¹ LOPES MONTEIRO, Antônio. **Crimes Hediondos...**, p. 67-68.

¹¹¹² Cfr. Incisiva análise crítica de SEADI, Jorge Abdala. **Crimes Hediondos e a Falsificação de Medicamentos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

¹¹¹³ SILVA FRANCO, Alberto. Crime Hediondo: Um conceito-fantasma à procura de um legislador penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 13, n. 161, p. 13, 2006.

¹¹¹⁴ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. p. 103.

17.3 CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE EL MOVIMIENTO LEY Y ORDEN

Es consabido que la criminalidad se expande hoy día, alcanzando todos los países, industrializados o no, siendo, pero, inequívoco que este fenómeno se acentúa todavía más en las sociedades que registran cifras más elevadas de crecimiento económico.

Confirmando la vieja tesis durkheimiana de la “normalidad de la delincuencia”, observa José Sainz Cantero, en su obra “Lecciones de Derecho Penal”, que

desde que la sociedad existe como tal - desde las primeras agrupaciones humanas -, el hombre conoce el fenómeno de la criminalidad. Ésta se manifiesta en todas las sociedades. Constituye - como ha observado J. Pinatel - uno de los aspectos constantes de la vida social, del mismo rango, por ejemplo, que la enfermedad. Puede variar la naturaleza de sus manifestaciones con el transcurso del tiempo, pero su presencia se mantiene en todo tipo de sociedad, hasta el punto que hoy no se considera la criminalidad como un fenómeno anormal del grupo social, sino como algo connatural a toda sociedad organizada, siendo sólo lo anormal los bruscos crecimientos o decrecimientos de las tasas de delito.¹¹¹⁵

En el mismo sentido, se posiciona el profesor de la Universidad Complutense de Madrid, Antonio García-Pablos de Molina, afirmando que *“toda sociedade, qualquer que seja seu modelo de organização e abstração feita das numerosas variáveis de tempo e lugar, produz uma taxa inevitável de crime. O comportamento delitivo é, portanto, uma resposta previsível, típica, esperada: normal”*.¹¹¹⁶

Para enfrentar esta situación, permanente e inextirpable, el poder estatal, notablemente después de la década de setenta, ha recurrido a la utilización de esta política represiva dura, de respuestas criminalizadoras amplias e incisivas, volviéndose, como observan Luiz Flavio Gomes y Raúl Cervini, a un modelo preponderantemente o exclusivamente disuasorio, que invierte fuerte expectativa en la capacidad intimidatoria de la pena, recurriendo, para tanto, a magnitudes punitivas

¹¹¹⁵ SAINZ CANTERO, José. **Lecciones de Derecho Penal...**, p. 1.

¹¹¹⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 72.

aumentadas y, no raramente, a restricción o supresión de garantías penales y procesales del acusado.¹¹¹⁷

El panorama aquí trazado, permite la constatación de que el legislador utiliza el Derecho Penal como se este se constituyera – y, según el pronunciamiento de Winfried Hassemer –, la “*sola ratio o prima ratio en la solución social de conflictos*”, es decir, como “*a primeira, senão a única saída para controlar os problemas*”.¹¹¹⁸

Es como se estuviéramos a vivir, en este comienzo del nuevo milenio, una situación similar a aquella que, en contexto bastante distinto, inspiró estas desalentadas palabras de Michel Foucault, verberando contra la desmesurada utilización de la sanción penal, en especial en las modalidades de encarcelamiento: “*se eu traí meu país, sou preso; se matei meu pai, sou preso; todos os delitos imagináveis são punidos da maneira mais uniforme. Tenho a impressão de ver um médico que, para todas as doenças, tem o mesmo remédio*”.¹¹¹⁹

Esta ideología de la “Law and Order” (“Gesetz und Order”), del Derecho Penal autoritario, omnipresente y hipertrofiado, que enaltece la funcionalización del aparato punitivo, que cree en su eficacia simbólica, que confía irrestrictamente en el influjo intimidatorio de la pena, es, ciertamente, el principal elemento inspirador de esta legislación reactiva y urgente que ha marcado el presente momento de la experiencia política y jurídica de Brasil.

Se estriba, sin embargo – como señala Norberto Spolansky –, en la convicción “*ingênua e mágica, segundo a qual, com o Direito Penal, se pode resolver todo tipo de problemas: desde a proteção da vida até a solução da inflação*”.¹¹²⁰ El deseable, sin embargo, sería el desarrollo de una política de seguridad pública que permaneciera en lúcida sintonía con los postulados del Estado Democrático de Derecho y con el Derecho Penal mínimo, y que tuviera una connotación garantista y

¹¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 28 e 29.

¹¹¹⁸ HASSEMER, Winfried. História das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra. **Três Temas de Direito Penal**, Porto Alegre, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 48.

¹¹¹⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1977. p. 104.

¹¹²⁰ SPOLANSKY, Norberto. O delito de posse de entorpecentes e as ações privadas dos Homens, apud TORON, Alberto Zacharias. Op. cit., p. 43.

direccionada a los objetivos que simultánea y armoniosamente atendieran a las expectativas de control efectivo de la criminalidad y el escrupuloso respeto a los principios, garantías y derechos consagrados en la Carta Magna brasileña. Cabe, a propósito, que aquí corroboremos estas juiciosas y oportunas palabras de advertencia de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho en el sentido de que

é preciso fazer um discurso vigoroso – e inteligente – de combate à criminalidade e ao desvio (enquanto conceito da Criminologia), mas de forma racional, começando pelas causas e nunca agredindo os postulados constitucionais, pelo pouco que ainda representam na esperança do povo deste país.¹¹²¹

¹¹²¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto de. A Crise da Segurança Pública no Brasil. In: BONATO, Gilson (org). **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 184.

Consideraciones Finales

CONSIDERACIONES FINALES

Sobre todo por influjo del pensamiento norteamericano, la categoría *control social* pasó a ser crecientemente aceptada y utilizada en la Sociología a partir de los últimos años del siglo XIX. Su primer reconocimiento en ese campo probablemente se debe a Edward Ross, en un escrito de 1891. Figuró, años después, en el título de un conocido estudio de ese mismo autor publicado en 1901: “*Social Control. A Survey of the Foundations of Order*” (New York: Mac Millan).

Se designa con esa expresión – según enseña Luis Recasens Siches –

en conjunto todas las normas colectivas así como también las autoridades y los poderes sociales, que a diferentes niveles y de diversas maneras, regulan la conducta humana en sus aspectos o resultados exteriores. Por lo tanto, dentro de esa denominación quedarían incluidas realidades sociales muy diferentes, pero todas ellas con el denominador común de querer normar la conducta humana externa, y de regularla efectivamente en una gran medida.¹¹²²

Desde luego, y comprensiblemente, el Derecho pasó a afrontarse como posiblemente el más vigoroso instrumento de control social, provisto de los elementos más incisivos de dirección y condicionamiento de las interrelaciones humanas.

Entre otros, el propio Edward Ross y particularmente el iusfilósofo Roscoe Pound (1870-1964), mentor de la influyente Escuela Sociológica norteamericana, sostuvieron esa noción, debiéndose a este último la afirmación de que el Derecho representa una forma altamente especificada de control social, en una sociedad organizada y políticamente desarrollada.¹¹²³

¹¹²² RECASENS SICHES, Luis. **Tratado General de Sociología**. México: Porrúa, 1960. p. 225.

¹¹²³ POUND, Roscoe. **Introdução à Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 54.

Esa afirmación se difundió ampliamente, aunque con algunas restricciones importantes que vamos a ver a continuación.

Como se ha dicho, el Derecho Penal pasó a afrontarse como el más contundente instrumento de control social en las sociedades actuales. La familia, vecindad, Iglesia, escuela, locales de trabajo, órganos de representación profesional, grupos sociales, etc., son también instrumentos de control social, sin mencionar las que Erich Fromm denominó “autoridades anónimas e invisibles”, representadas por la opinión pública de un grupo o por la presión ejercida por ciertas creencias colectivas vigentes.¹¹²⁴

Ese control social dispone de diversos “sistemas normativos” (mandamientos religiosos, dictámenes morales, reglas del trato social, reglamentos administrativos y de policía, preceptos jurídicos, etc.); desarrolla formas diversificadas de actuación (represión, reprobación, prevención, resocialización); recurre a diferentes modalidades de sanciones (positivas o de premios: ascensión profesional o social, reconocimiento, distinción; negativas: desprecio, marginalización, multas, restricción de derechos, privación de libertad, etc.).

Como todo medio de control social, el Derecho en general y el Derecho Penal, en particular, buscan evitar determinados comportamientos socialmente lesivos o indeseables. Para eso y en lo que se refiere específicamente al Derecho Penal, se recurre a la conminación mediante sanciones de especial severidad, que recaerán sobre la mayoría de los que vengán a cometer esas conductas.

Tan pujante en la Dogmática jurídico-penal, en la Criminología y en la Política criminal, se ha ido tornando esa tendencia de ver en la efectivación del control social la misión principal y característica del Derecho Penal, que, en ocasiones, tal preocupación pone en segundo plano las finalidades tradicionalmente atribuidas al Derecho Penal de defensa frente a la peligrosidad de los agentes y de tutela de bienes jurídicos. Como se sabe, una reciente línea de pensamiento surgida en Alemania hace cerca de veinte años, y con larga recepción mundial y acogida

¹¹²⁴ FROMM, Erich. **Psicoanálisis de la Sociedad Contemporánea**. México: Fondo de Cultura Económica, 1958. p. 84-91.

entusiasta en algunos sectores, el comportamiento pasa a ser cualificado como delictivo preferentemente o exclusivamente bajo la perspectiva de su disfuncionalidad para el sistema social de convivencia, y el Derecho Penal se torna mecanismo de cohibición, control y respuesta contrafáctica a esas conductas.

Advierte Diego-Manuel Luzón Peña que esa noción de control social es vaga y ambigua, pudiendo tanto designar formas aceptables de dirección de la sociedad sobre sus miembros, para evitar infracciones y acciones intolerablemente lesivas, *“como puede significar control que algunos grupos (dominantes) o miembros de la sociedad ejercen sobre ésta, es decir, mecanismos más o menos burdos de poder y dominación”*.¹¹²⁵ Recuerda este autor que es de la mayor importancia distinguir entre modos inocuos e injustificados de represión, ejercidos sobre acciones legítimas o neutras, o sobre formas meramente desviadas o no convencionales de comportamiento, de intervenciones “cautelares” y de supresión de comportamientos intolerables, por su lesividad o peligrosidad, para cualquier sociedad. En este segundo caso – acrecienta Luzón Peña – se puede hablar adecuadamente de control social, a través del cual el Derecho Penal cumplirá *“una función protectora de libertades y legítimos intereses de los individuos y de la sociedad, es decir, su legítima función de protección mediante la prevención”*.¹¹²⁶

Acogidas tales reservas, se puede, por tanto, decir que el Derecho Penal constituye un subsistema dentro del sistema total de control social.

Su singularidad se expresa en el objeto a que legítimamente se debe referir: no todo comportamiento socialmente censurable o cualquier forma desviada de conducta, sino exclusivamente el *delito*; en los fines a que se propone: prevención y represión de comportamientos lesivos o generadores de peligros concretos e intolerables a bienes jurídicos y resguardo y confirmación del orden social concretamente establecido; por los medios sancionatorios de que se utilizan – penas y medidas de seguridad – que constituyen, en principio, los instrumentos más graves y onerosos de reacción, entendidos como imprescindibles para la cohibición de las conductas reputadas especialmente peligrosas: los delitos.

¹¹²⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Derecho Penal...**, p. 70-71.

La importancia y la gravedad de esa forma de control social, operando a través del Derecho, llevó a que el Estado fuese progresivamente monopolizando su empleo, expresando en él una de las evidencias fundamentales del poder político.

Se recomienda, por otro lado, su utilización razonable, prudente y comedida, a fin de convertirlo en un medio subsidiario y de “*ultima ratio*” de tutela de bienes jurídicos o de realización de otras finalidades atribuibles al Estado.

En todos los mecanismos de control social surgen normas, sanciones y procesos. Como refiere Winfried Hassemer, en sencillo pero ilustrativo ejemplo,

como socialmente regulable no sólo conocemos los presupuestos bajo los cuales se puede hablar de una desviación y de su consecuencia, sino también, por ejemplo, que nos es la madre que presencia la desobediencia del hijo la que lo castiga, sino el padre que regresa por la noche a la casa (competencia).¹¹²⁷

Pero, mientras el control social de la vida cotidiana se caracteriza por una extremada informalidad, traducida en las cualificaciones espontáneas de los comportamientos desviados, en formas vagas de sanción, intercambiables en su especie e intensidad, y por desdoblamiento desordenado de los modos de efectivación del control, el Derecho Penal es señalado por extremo y necesario formalismo, destinado a alejar modos imprecisos, coyunturales y espontáneos de definición de las formas delictivas y de la imposición de los respectivos castigos.

Otra vez invocando las enseñanzas de Hassemer, cabe señalar que

el control social juridicopenal dice, públicamente y por escrito, con toda precisión posible, antes de que se haya cometido la infracción concreta, cuál es la conducta que califica de desviada, cuál es la sanción con la que sancionará dicha conducta y cuál es la forma en que la impondrá, la autoridad que será competente para imponerla y las garantías o, en su caso, los recursos que se conceden.¹¹²⁸

¹¹²⁶ Idem, p. 71.

¹¹²⁷ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal...**, p. 390.

¹¹²⁸ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal...**, p. 401.

Sin embargo, la experiencia histórica ha evidenciado que ese proceso de minuciosa formalización de las prácticas penales no ha sido suficiente para el pleno mando y contención de la discrecionalidad estatal, tanto para definir delitos (criminalización primaria), como para promover la incidencia de esas definiciones sobre agentes y comportamientos concretos de la vida social (criminalización secundaria).

Observa Gonzalo Quintero Olivares que la cuestión central del Derecho Penal ha residido en la *selección de los bienes jurídicos* a tutelar. Y pregunta:

¿La selección de bienes jurídicos responde a las exigencias de la mayoría? ¿Debe responder en todo caso a las exigencias de la mayoría? ¿Cómo se revisa la selección de bienes jurídicos? ¿Quién selecciona los bienes jurídicos? ¿Tiene acceso a esta tarea la mayoría o sus representantes? Ésas son las verdaderas claves de respuesta sobre los fines del Derecho Penal, y no en tan sobredimensionada medida el problema de la pena, que a quien de verdad preocupa es al delincuente que la sufre.¹¹²⁹

La cuestión que, por lo tanto, se plantea es ésta: ¿La actividad direccionadora del Estado ejercida a través del Derecho también necesita mecanismos de control? ¿Ese control es posible? ¿Cómo se procesará? ¿Es factible la implantación de formas de gobierno y limitación del carácter discrecional del legislador? ¿Pueden plantearse a éste prohibiciones de incriminación? ¿Qué bienes estarán legitimamente puestos bajo la tutela del Derecho Penal? ¿Por otro lado, al legislador pueden serle impuestas obligaciones positivas de incriminación? ¿Del bien jurídico, hay que tener una concepción formal o material? ¿Bienes jurídicos son solamente aquellas realidades que por su consistencia y características *merecen, necesitan y son adaptables a la tutela penal*? ¿O es el legislador quien, en el uso de amplia e incontrolada prerrogativa de dictar normas, instituye el bien jurídico? ¿Cómo han respondido el Derecho y la Praxis represivas brasileñas a tales cuestiones?

¹¹²⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. cit., p. 136.

La cuestión también se extiende a las operaciones de aplicación del Derecho. Se creyó por mucho tiempo que la concretización del Derecho pudiese venir de una simple y mecánica operación subsuntiva: premisa mayor, la norma, incidiendo sobre el hecho, premisa menor, de lo que resultaría, como consecuencia necesaria, la aplicación del contenido de la norma al acontecimiento particular objeto de enjuiciamiento.

Esa forma de razonamiento jurídico sigue siendo útil y fundamental para la dinamización del Derecho, especialmente del Derecho Penal. Pero, a lo largo del tiempo, la Dogmática jurídica y la Hermenéutica han conducido a la nítida y creciente percepción de los límites que cercan la subsunción, la cual se muestra claudicante e insuficiente para la resolución de situaciones generadoras de dudas y perplejidades cada vez más claramente sentidas en la experiencia general del Derecho, incluso en el Derecho Penal.

Son frecuentes las hipótesis de conflicto real o aparente entre normas penales. ¿El médico que comunica la ocurrencia de una enfermedad catalogada entre aquellas de notificación obligatoria, incurre en la ilicitud de la quiebra del secreto profesional? ¿Cómo se elucidan cuestiones relacionadas con los llamados elementos normativos del tipo penal? ¿Cuál será la premisa mayor utilizada en cada caso? ¿La acción violenta del agente al sustraer cosa ajena constituye robo o hurto seguido de lesión corporal?

Por otro lado las categorías generales configuradoras del crimen están impregnadas de coeficientes cuya elucidación demanda densas y complejas mediciones y reflexiones. ¿En la legítima defensa, cómo identificar la injusticia de la agresión? ¿En el estado de necesidad, cómo concluir la inexigibilidad del sacrificio del bien preservado al costo de la destrucción o del menoscabo de otro bien? ¿Cómo aceptar la inevitabilidad y, por lo tanto, excusabilidad del error sobre la ilicitud del hecho? ¿Cómo reconocer la alegada irresistibilidad de la coacción pretendidamente sufrida por el autor del hecho?

Ese amplio espacio aparentemente abierto tanto a la regulación irrestricta del legislador, como a las largas ponderaciones estimativas del aplicador de la ley, contamina de perplejidades y dudas todos los sectores del Derecho, pero, muy

particularmente, del Derecho Penal, que es el más profundamente movido por la aspiración permanente y casi obsesiva de claridad y nitidez.

Como hemos visto anteriormente, toda la teorización acerca de un Derecho Penal subjetivo se inspiró, invariablemente, en el objetivo de trazar pautas orientadoras y limitadoras de la actuación de los que operan el sistema represivo.

Señalaron Reinhart Maurach y Heinz Zipf que solamente en los tiempos del liberalismo, a comienzos del siglo XIX, se puede decir que el concepto del “*ius puniendi*”, constituyese una cuestión “casi sin valor”. Añaden estos dos autores que

la real significación del *ius puniendi* quedó de manifiesto cuando el Estado totalitario quebró la barrera de la esfera libre de pena: conductas éticamente indiferentes fueron amenazadas con penas criminales y en la amenaza de pena desapareció toda proporcionalidad entre ilícito y expiación.¹¹³⁰

Todo ese empeño especulativo, dirigido a la instauración de seguridad y previsibilidad en el campo punitivo, mostró, sin embargo, resultados impregnados de fraude y falacia. La tradicional dicotomía, apuntada por B. Windscheid, entre “*norma agendi*” y “*facultas agendi*”, transpuesta del Derecho Privado para el Derecho Penal, se revela artificiosa e infundada. Muchos la critican, alegando que traduce un arbitrario e injustificado proceso de “*civilización (“Zivilierung”) del Derecho Penal*”, expresión con la que se quiere aludir a la recepción pasiva, infundada y acrítica, de definiciones, categorías y “*standards*” propios de la legislación y de la teoría jurídica privatística en el espacio normativo concerniente a los delitos y penas.

Como hemos visto, particularmente sobre la fase que antecede a la aprobación de la norma jurídico-penal, es enteramente inviable hablar en un “Derecho subjetivo de punir”.

Como advirtió Giuseppe Bettiol “non si può quindi parlare di un diritto soggettivo di punire che spetta allo Stato in quanto tale prima della promulgazione di una norma penale. È tecnicamente improprio parlare di un “diritto” di punire che

¹¹³⁰ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 6.

spetta allo Stato in veste di legislatore”.¹¹³¹ Añade que la cuestión que aquí se pone es bien más amplia y que concierne al poder estatal de legislar “il quale altro non è se non una estrinsecazione della sua sovranità in materia legislativa”. Y aduce: “C’è quindi una potestà di punire che precede ed accompagna l’attività legislativa dello Stato”.¹¹³²

La dramática cuestión que se encuentra implícita en la dificultosa construcción conceptual aquí examinada es ésta: extraer fundamentos de restricción y control frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, cuando dicta normas definidoras de delitos y conminadoras de sanciones o cuando desarrolla, efectivamente, la actividad autorizada por esos mandamientos.

Sin embargo – y la advertencia es nuevamente de Bettiol –

il problema dei limiti di tale potere non è un problema specificatamente giuridico positivo, ma riguarda le fonti del diritto penale intese in senso sostanziale, vale a dire quelle esigenze superiori di giustizia che debbono stare alla base di ogni legislazione positiva e che si pongono come limite alla legislazione stessa.¹¹³³

Y concluye: “in proposito intervengono anche le concezioni sociali dominanti, le così dette norme di civiltà, a limitare e a dare un contenuto alla volontà legislativa dello Stato”.¹¹³⁴

La temática, por lo tanto, conduce, de pleno, a la compleja pero indefectible cuestión de los *principios orientadores del Derecho*, con especial examen de su incidencia y de sus reflejos en la esfera del sistema punitivo. ¿Cuál el origen de esos principios? ¿Cuál la naturaleza de ellos? ¿Qué efectos condicionantes y limitadores ejercen o deben ejercer sobre la experiencia del sistema punitivo represivo penal?

¹¹³¹ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit., p. 154.

¹¹³² Idem, ibidem.

¹¹³³ Idem, ibidem.

¹¹³⁴ Idem, ibidem.

En lo que tiene que ver con ese último asunto, la referida cuestión ha recibido variado tratamiento por parte de los diferentes autores que de ella se han ocupado.

La diversidad de pensamiento y de orientación sobre el tema ya comienza en el modo de designar el asunto. Algunos penalistas hablan de *principios delimitadores del poder punitivo del Estado*; otros se reportan a los llamados *límites materiales del "ius puniendi"*; hay los que prefieren referirse a *directrices informadoras del sistema punitivo*; a veces, se opta por el empleo de la expresión *normas o principios o líneas rectoras del Derecho Punitivo*, etc.

Hay los que descartan enteramente la cuestión; unos, presos de un legalismo extremo, por la clara irrelevancia que a ella atribuyen; otros porque prefieren ubicarla en el tradicional tratamiento de los presupuestos configuradores del pretendido "*ius puniendi*" subjetivo.

Entre los que se dedican al tema hay aquellos que lo examinan de modo desconectado y asistemático, focalizándolo sólo incidental y casualmente, al impulso del examen de tópicos doctrinales que, por su naturaleza, remiten a la consideración de fundamentos.

Otros, en sus tratados o monografías, dedican epígrafes o capítulos enteros al tratamiento de la materia y ahí enumeran un repertorio vasto de principios, aunque, generalmente, sin presentarlos bajo fundamentos comunes e unificadores ni encadenados según criterios consistentes y lógicos.

Algunos vinculan extremadamente los principios al Derecho Positivo. Les niegan, conforme ya hemos referido en este mismo estudio, cualquier trascendencia o que puedan venir de hallazgos y conquistas creadoras de la jurisprudencia. Se muestran escépticos sobre la posibilidad de que esos dictámenes generales provengan de fuera del ordenamiento jurídico, aseverando, al contrario, que sólo en el interior de éste pueden fundamentarse.

Muchos vinculan tales principios a las líneas espirituales de una determinada cultura. Otros los asocian a una "*Weltanschauung*" que planta sus raíces en el

escenario de ideas de la Ilustración. Hay, incluso, los que lo relacionan con la categoría contemporánea del *Estado Democrático y Social de Derecho*.

A partir de las últimas décadas del siglo XX, como ya se ha expuesto, se intensificaron los esfuerzos destinados a conferir a los principios basamento y expresión constitucional. Como mencionó Paulo Bonavides, la teoría de los principios en cierto momento llegó a convertirse “*no coração das Constituições*”.¹¹³⁵

En la Constitución brasileña de 1988 son incisivos y reiterados los momentos de ponderación e invocación de los principios. Aparecen ya claramente aludidos en el Preámbulo de ese estatuto básico. Hay un Título entero (*Título I – Dos Princípios Fundamentais, arts. 1º a 4º*) dedicado a ellos. El Título II, bajo la firma “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”, lo que hace es referirse a principios. Y además de eso, diseminadas en diversas partes del texto se encuentran menciones a principios.

Sin embargo – y conforme oportunamente advirtió Manuel de Rivacoba y Rivacoba – anclar los principios exclusivamente en los dictámenes extraídos de las leyes fundamentales de cada país, sólo generará efectivas consecuencias limitadoras de los eventuales excesos del poder penal y aseguradoras de derechos personales frente al Estado, cuando aquéllas estén inspiradas por un nítido espíritu liberal y democrático, “*lo que no siempre ocurre ni lógicamente tiene por qué ocurrir (...)*”.¹¹³⁶

Se trata, pues, de un criterio que enflaquece, limita y relativiza el alcance y la efectividad de los principios. La verdad es que los principios no sólo no deben ser entendidos como mera y circunscrita deducción de postulados explícitos o implícitos de la Constitución, puesto que, cuando sea ésta de inspiración totalitaria y despótica, será precisamente en nombre de los principios como podrán ser refutadas y negadas muchas de las consecuencias inicuas procedentes de la misma, que entonces demostraría su ilegitimidad.

¹¹³⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 253.

¹¹³⁶ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 8, n. 32, p. 41, 2000.

En relación con el tema del reconocimiento de límites materiales opuestos al poder constituyente originario, Jorge Miranda ha señalado con buen juicio que es imposible que la Constitución se pueda prestar a cualquier contenido, que no este condicionada a presupuestos de principios y valores.¹¹³⁷

Aunque esté cerca de lo improbable, la tormentosa cuestión de la posible confrontación entre el orden constitucional y determinados principios y valores universales no puede ser totalmente descartada. Se puede imaginar, a título de simple ejemplo, la hipótesis de la incorporación al texto fundamental de un país de una norma que estatuyese, para el reconocimiento de crimen contra el Estado, casos de responsabilidad meramente objetiva o que definiese como delictiva determinada opción en materia científica, religiosa o de conducta moral, sin que de tal norma se derivasen riesgos efectivos para la estabilidad y la paz sociales.

Por más que eso pueda infundir recelos, por el temor de que de ahí resulte el debilitamiento de la seguridad y de la certidumbre que se espera ver promovidas y conservadas por el Derecho, el hecho es que, en etapas importantes y decisivas de la vida colectiva, la indispensable invocación de los principios puede conducir a los que protagonizan estos momentos cruciales de la experiencia jurídica, a la transposición de los límites estrictos del Derecho legislado, lanzándoles, de pleno, al escenario de los grandes cuestionamientos filosóficos, éticos y sociales.

En el periodo subsiguiente al término de la II Guerra Mundial, el Tribunal Supremo Federal Alemán ("*Bundesgerichtshof*"), al pronunciarse sobre los acontecimientos dramáticos ocurridos antes de 1945, se atuvo al examen de la ardua cuestión atinente a las relaciones y posibles antinomias entre un Derecho sustancial, sujeto a principios, y sistemas de Derecho Positivo anómalos y perversos, ajenos y en antagonismo con esas directivas indeclinables. El tema que entonces se debatía era centralmente aquello relacionado a los llamados "delitos casi legales" del nazi. Se trataba de evaluar comportamientos cometidos bajo autorización y, hasta, en algunos casos, en obediencia a órdenes expresas del poder político entonces establecido, que, sin embargo, contrariaban, de modo

¹¹³⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. . Tomo II, p. 86.

frontal, la propia *idea* del Derecho. Tenía que ver, por lo tanto, con la contradicción de unos comportamientos *formalmente lícitos*, pero revestidos de aberrante e indiscutible *ilicitud material o sustancial*. El examen de esa grave aporía rehuye a la temática focalizada en el presente estudio, pero algunos de los fundamentos en aquella circunstancia invocados para calificarla y dirimirla, guardan nítida e intensa relación con el tema de los principios. En la ocasión aquí recordada, el alto pretorio alemán, en célebre decisión, fijó los siguientes puntos fundamentales:

la libertad de un Estado para determinar qué es derecho y qué es ilícito dentro de su territorio, puede ser muy amplia, más no así ilimitada. Pese a todas las diferencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, en la conciencia de todos los pueblos civilizados existe un cierto núcleo del derecho, el que, de acuerdo a un principio jurídico general, no puede ser lesionado por ninguna ley ni por ninguna otra clase de medidas autoritarias. Este núcleo abarca determinados principios básicos de la conducta humana que son considerados inviolables, que a partir de ideas morales básicas coincidentes se han desarrollado en el tiempo, con validez para todos los pueblos y culturas, principios a los cuales cabe reconocer “vinculatoriedad jurídica, aun cuando disposiciones particulares de ordenamientos jurídicos nacionales autoricen un desconocimiento aparente de ellos” (BGH 2, 237); por ello cabe reconocer la vigencia del precepto que señala: “Disposiciones que ni siquiera aspiran a realizar la justicia que niegan la idea de la igualdad y que desconocen abiertamente convicciones jurídicas que todos los pueblos han desarrollado en común sobre la base y el valor de la dignidad de la personalidad humana, no generan derecho, por lo que aquellas conductas que se apeguen a tales disposiciones son ilícitas” (BGH 3, 363).¹¹³⁸

Hemos visto en este estudio que el Derecho Penal constituye una forma contundente y extrema de control social. Maneja instrumentos sancionadores revestidos de intensa gravedad y que inciden sobre derechos fundamentales del condenado. De ahí la necesidad imperiosa de que se conciban medios eficaces de vigilancia constante y de limitación de las acciones del Estado en el empleo monopolista de esos recursos, incluso cuando esto ocurra en periodos de normalidad política, institucional y jurídica. Esa es precisamente la función de los principios generales.

Como señaló García-Pablos,

¹¹³⁸ Cfr. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op. cit., p. 430.

el problema de los límites del “ius puniendi” preocupa, y preocupa con razón, porque el Estado social de nuestro tiempo tiene una declarada vocación intervencionista. Y, sobre todo, porque la intervención penal es, siempre, una intervención traumática, dolorosa, restrictiva, con elevadísimos “costes sociales”. Durante mucho tiempo preocupó “fundamentar” – legitimar – la intervención penal: hoy interesa, sobre todo, someter la misma a límites claros y efectivos.¹¹³⁹

En el breve pero magistral estudio sobre los principios de Derecho y sus repercusiones en el ámbito de la actuación represiva estatal, ya mencionado aquí, el profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba se refería a un “*Derecho penal fundado antropológicamente*” y añadía que sólo a partir de las nociones implícitas en esa caracterización “*se puede dar y se puede comprender un Derecho penal de y para los hombres*”.¹¹⁴⁰

El presente trabajo se ha ocupado asimismo del examen de los orígenes, desdoblamientos, expectativas y propósitos que animaron y, en alguna medida, aún orientan los programas dirigidos a la resocialización y a la prevención de la reincidencia de los condenados a través de las penas privativas de libertad a ellos impuestas.

Algunas de las expresiones históricamente más significativas de esa política criminal de tendencia resocializadora o defensiva han sido brevemente recordadas: la Escuela Positiva Italiana; la Escuela Moderna Alemana; el Correccionalismo y el Movimiento de Defensa Social.

Se ha prestado una particular atención al entusiasmo por la pena curativa o correccional, singularmente enfático a lo largo de los años sesenta del siglo XX en Estados Unidos, en Canadá y en países escandinavos. Se ha visto que en tal período, órganos legislativos y comisiones de estudios en Estados Unidos y Canadá, llegaron a pensar en el cambio del nombre de los Códigos Penales, que pasarían a ser indicados como Códigos de Reeducción (Códigos Correccionales).

¹¹³⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Introducción al Derecho Penal**. p. 529.

¹¹⁴⁰ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. **Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho Penal...**, p. 48.

Por diferentes razones, desarrolladas a lo largo del trabajo, la experiencia de la pena resocializadora y terapéutica fracasó y entró en declive, siendo fácilmente constatable que el escepticismo se hizo más fuerte justamente en los países y sectores en que los programas de pedagogía preventiva especial, a través de la sanción criminal, habían sido acogidos con mayor intensidad y expectativas.

La inclusión de estos puntos en el trabajo obedeció a dos razones primordiales.

En primer lugar, porque la línea resocializadora y defensiva, además de otros puntos altamente cuestionables que puede encerrar y que el estudio abarca, convierte al condenado en blanco de un querer pedagógico insistente y, lo que no ha de extrañar, opresor, dirigido o a su plena neutralización o a la total nueva conformación de su personalidad y de su acervo de convicciones, en claro enfrentamiento a los principios de dignidad y autonomía personales y en antagonismo evidente con una percepción secularizada y laica del Derecho Penal.

En segundo lugar, a causa del fracaso y de la intensa frustración que causaron esos ambiciosos y mal implementados programas dirigidos a la transmutación esencial de la persona del penado, surgieron tendencias de actuación represiva penal fuertemente endurecedoras y también profundamente atentatorias a otros tantos preceptos y principios que deben orientar las prácticas punitivas.

Corrientes de neorretribucionismo exacerbado; Movimientos “Law and Order” y Tolerancia Cero; la “Broken Windows Theory”; la construcción del Derecho Penal del Enemigo, son, entre otros, ejemplos ruidosos de esas ondas reactivas que en mayor o menor grado han marcado momentos de gran retroceso en la marcha evolutiva del pensamiento y de la “praxis” estatal en su enfrentamiento con el delito.

A lo largo de la investigación se consideran asimismo aquellas otras tendencias opuestas a las del endurecimiento, que apuestan decididamente por los principios limitadores de la respuesta punitiva del Estado. Posicionamientos a veces (no siempre) impregnados de rasgos utópicos, con mención expresa de las propuestas de supresión del encarcelamiento, de la “*diversion*”, de la “*radical non*

intervention”, del garantismo penal y, en particular, del movimiento abolicionista en sus diferentes vertientes.

Las cuestiones que forman parte del presente estudio y las reflexiones desarrolladas, parece que contribuyen a dibujar el cuadro representativo de una encrucijada, a partir de la cual diferentes caminos y trayectos se ofrecen para el Derecho Penal y, en general, para las prácticas represivas de los delitos, con implicaciones de orden fáctico, normativo, dogmático y axiológico o principal.

¿Constituye el delito una consistente realidad objetiva, externa y *a priori*, simplemente constatada por el legislador, o es, en gran parte, producto de la creación discrecional y a veces sectaria de los que hacen las leyes?

¿En los procesos de criminalización primaria y secundaria, se expresan consensos sociales y la adhesión inequívoca a las directrices axiológicas y principios, o traducen solamente posicionamientos particulares, casuísticos, minoritarios y partidarios? ¿Es el legislador quien soberanamente crea o instituye los delitos, o simplemente se encuentra con conductas que hacen sustancial esas ilicitudes de especial gravedad, cabiéndole tan sólo reconocerlas y describirlas en las leyes y Códigos, para que, consiguientemente, tales inscripciones sirvan tanto de armadura para las construcciones conceptuales del Derecho, como de directrices para la prestación jurisdiccional?

Cabe recordar a propósito que, en investigación precursora sobre el tema de los principios, pudo Jean Boulanger proclamar la existencia de éstos aun cuando no se expresan o no se reflejan en textos legales. La jurisprudencia – ponderó ese mismo autor – se limita a declararlos. Ella no los crea. El enunciado de un principio no escrito es incisiva manifestación del espíritu de una legislación.¹¹⁴¹

Y la pena: ¿Qué funciones puede y debe cumplir? ¿La esperanzada expectativa de resocialización del condenado a través de la imposición y del cumplimiento de la pena, es alcanzable y es legítima? ¿Para colmarla, se admite,

¹¹⁴¹ BOULANGER, Jean. Principes généraux du Droit et Droit Positif. **Le Droit Privé Français au Milieu du XXe. Siècle, Études Offertes à Georges Ripert**. Paris: LGDJM, 1950. Tomo I, p. 66.

cuando sea necesario e imprescindible, que en la ejecución de la condena se abandone o se caiga en la inobservancia de los principios y del acatamiento de las directrices axiológicas? ¿La búsqueda de la presumible eficiencia del sistema punitivo se debe sobreponer a las reglas y valores?

¿Cuál es la función del Derecho Penal? ¿Represión de voluntades directamente orientadas al delito o también de simples manifestaciones de tropiezos morales? ¿Exclusivamente castigo de conductas lesivas o efectivamente peligrosas para bienes jurídicos, o, también, reprimenda para actos de supuesto riesgo de peligro y de mera desobediencia (delitos de peligro abstracto)? ¿En el desdoblamiento del *iter criminis*, a partir de qué momento se hace legítima la intervención controladora y punitiva del Estado? ¿Le es lícito al Estado punir meros proyectos o veleidades delictivas? ¿Es papel del Derecho Penal controlar la peligrosidad del agente? ¿Le cabe la tutela de derechos subjetivos? ¿Le compete el amparo y celo acerca de los desviados, así como la protección social de los indefensos y vulnerables? ¿El Derecho Penal constituye solamente instrumento de estabilización y conservación del sistema social y estatal en vigor o le cabe la protección de bienes jurídicos? ¿Es incumbencia del Derecho Penal únicamente la conservación de bienes jurídicos ya socialmente percibidos o es igualmente atribución suya favorecer el reconocimiento de nuevas realidades valiosas, que merecen ser puestas bajo el amparo del Estado? ¿Le cabe, también, esa misión promocional o ético-educativa? ¿Cuál la caracterización propia del bien jurídico? ¿Material o formal? ¿Sustancial o metodológico-hermenéutica? ¿Qué posición puede asumir el Derecho Penal frente a las nuevas y complejas modalidades de delincuencia características de la contemporánea sociedad de los grandes avances técnicos, masificación creciente y mundialización irrefrenable? ¿Cómo y bajo qué cautelas el Derecho Penal debe actuar en el enfrentamiento con los contrapoderes de la llamada delincuencia organizada, especialmente en las expresiones del terrorismo en general y del terrorismo de Estado, en las primeras comprendidas las acciones de los que se proclaman o actúan como enemigos de la sociedad?

Esas y otras tantas arduas cuestiones y las diversificadas y contrastantes respuestas dadas a ellas, expresan, en colores vivos, incluso en la experiencia

brasileña ese antes aludido momento de vacilaciones y pérdidas de rumbos, vivido contemporáneamente por el Derecho Penal y por el conjunto del sistema represivo.

Son dudas que repercuten en todos los campos: el normativo; el de las reexposiciones teóricas; el criminológico; de la jurisdicción; de la política criminal y de las líneas y elecciones axiológicas concernientes a la actuación represiva estatal.

Frente a tal cuadro de indefiniciones e incertidumbres, diferentes caminos han sido apuntados, propuestos y seguidos: para algunos, el de la resignada aceptación de las impropiedades, incongruencias y limitaciones del Derecho Penal, acompañada de tímidos y casi siempre infructuosos esfuerzos en favor de correcciones o compensaciones parciales; para otros, el de la reducción de las intervenciones estrictamente punitivas, con llamamiento a otros modos de control y orientación de la vida social; hay también los que preconizan la ilimitada abolición del Derecho Penal; otros, al contrario, son propensos al recrudecimiento de las intervenciones punitivas, con abandono de ineficaces e ilusorios programas resocializadores, en favor de modos incisivos y enérgicos de punición, a través de procesos rápidos, con el aseguramiento de derechos al imputado, pero de marcha implacable y con observancia resoluta y plena de todas las medidas coercitivas ordenadas (*neorretribucionismo*). Como ha registrado el trabajo, la exacerbación de este último camino, ha conducido a las ásperas propuestas de los movimientos de la *ley y orden* y de la *tolerancia cero*, estos últimos inevitablemente conducentes a la transgresión de límites y a la quiebra de principios.

El trabajo muestra una tendencia de retorno a los fundamentos del Derecho Penal, expresión con la cual se desea aludir a un sistema normativo estimulador de construcciones teórico-conceptuales y de prácticas de jurisdicción que, alejado de cualquiera de las direcciones antes apuntadas, persevere en los rumbos y confirme las directivas que el movimiento iluminista presentó al mundo occidental.

La idea propuesta es la de un Derecho Penal que se confirme como instrumento necesario, insustituible, pero civilizado y comedido de control y refrenamiento de la delincuencia. El pretendido es un sistema punitivo únicamente dirigido a la obstaculización de conductas verdaderamente lesivas a inequívocos bienes jurídicos. Aplicado por autoridad legítimamente investida en la función de

juzgar y en el curso de un proceso en el cual se aseguren amplias y vigorosas oportunidades para la defensa del acusado, mediante sentencias o decisiones claramente indicadoras de la ocurrencia de todos los presupuestos, fijados en ley anterior, de configuración del comportamiento punible. Por otra parte, calculada la pena que haya de ser aplicada de modo que represente un medio eficaz para el logro de sus fines (reprobación del hecho; prevención de nuevos delitos y reintegración social del condenado), y para las realizaciones de las demás funciones del Derecho Penal. Además, calculadas la naturaleza y el montante de la pena a fin de limitar y restringir, humanamente y en toda la medida posible, los sufrimientos que recaerán sobre el condenado. Por último: ejecutada esa pena según una orientación invariablemente comprometida con el propósito de preservación de todos los demás derechos del sentenciado, no alcanzados por la condena, y de manera apropiada para capacitarlo para el retorno a la vida en libertad, de forma constructiva y benéfica para él propio y para la sociedad.

REFERENCIAS

- AFTALIÓN, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da Pena. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano 1, n. 3, 2000.
- ALBA, Herminio Ramón Padilla. Algunas observaciones sobre la doctrina de la actio libera in causa en el derecho penal español. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 03-04, 2001. Disponible en internet: <<http://criminnet.ugr.es>>. Accedido en: 04 jul 2005.
- ALBUQUERQUE, Marcos Cintra Cavalcanti de. Crime que compensa. **Jornal Folha de São Paulo**, São Paulo, 03 abr 2002. Caderno A.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA, Gevan. **Modernos Movimentos de Política Criminal e seus Reflexos na Legislação Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais: Da Legalidade à Culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- AMATO, Astolfo Di. **Diritto Penale Dell'Impresa**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999.
- AMÉNDOLA NETO, Vicente. **Crimes Hediondos**. Leme: Editora de Direito, 1997.
- AMERICANO, Odin I. do Brasil. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985. Parte Geral. v. 1.
- AMICO, Carla Campos. Inovações decorrentes da Lei nº11.464/07. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 15, n. 176, São Paulo, 2007.
- ANCEL, Marc. **La Nueva Defensa Social**. Un movimiento de política criminal humanista. La Ley. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1961.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário**. Crimes Contra a Ordem Tributária. São Paulo: Atlas, 1995.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. Parte Geral. v. 1.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Historias de los pensamientos criminológicos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

ANTOLISEI, Francesco. **La Acción y el Resultado en el Delito**. Ciudad del México: Juridica Mexicana, 1959.

_____. **Manuale di Diritto Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963. Parte Generale.

ANTUNES, Flávio Augusto. Arma de brinquedo e o seu reflexo penal de acordo com o novo Estatuto do Desarmamento. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 149, 2005.

ARANDA FULLER, Paulo Henrique. Aspectos polêmicos da Lei de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher (Lei nº 11.340/06). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 14, n. 171, 2007.

_____. Primeiras impressões a respeito da alteração da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 11.464/07). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 15, n. 174, São Paulo, 2007, p 19.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. Os Grandes Movimentos Atuais de Política Criminal. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 1, v. 1, n. 9, 1988.

_____. **Dos Crimes contra a Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARAÚJO, Rômulo Souza de. O resgate constitucional da individualização da pena. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 161, 2006.

AROCA, Juan Montero. **Principios del Proceso Penal**: Una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires: Losada, 1950. Tomo II.

_____. **La Ley y el Delito**. Principios de Derecho Penal. Buenos Aires: Hermes, 1954.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou Punir? Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Jurisprudência. **Revista Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, n. 3, 2001.

_____. Crimes Hediondos e Regime Carcerário Único: Novos Motivos de Inconstitucionalidade. In: CARVALHO, Salo de (org). **Crítica à Execução Penal. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la Teoría del Delito**. Buenos Aires: Astrea, 1978.

_____. **Manual de Derecho Penal**. Bogotá: Temis – ILANUD, 1984.

_____. **Principios Constitucionales de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

_____. **Hacia el nuevo Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

BALESTRA, Carlos Fontán. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Arayú, 1953. Introducción y Parte General.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Política Penal Alternativa. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 23, 1978.

BARQUÍN SANZ, Jesús. Principios del Derecho Penal Mínimo (Para una Teoría de los Derechos Humanos como Objeto y Límite de la Ley Penal). **Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales**, Buenos Aires, año 10, n. 40, 1987.

_____. La Tolerancia y su Antítesis. La Sanción Penal. **Criminología**, Claves de Razón Práctica, n. 67, 1996.

_____. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. **Delitos contra la integridad moral**. Barcelona: Bosch, 2001.

_____. La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro. In: ROXIN, Claus; MANTOVANI, Ferrando; BARQUÍN SANZ, Jesús; OLMEDO CARDENETE, Miguel. **Eutanasia y Suicidio**: Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001.

_____. Política Criminal y Código Penal: Cinco Años Después. **Revista Jurídica La Ley**, Madrid, año XXII, n. 5255, 2001.

_____. Sistema de Sanciones y Legalidad Penal. Aequitas. **Revista Jurídica del Poder Judicial**, México, n. 38-40, 2001.

_____. Violencia doméstica y trato degradante: problemas concursales. In: MORILHAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Estudios Penales Sobre Violencia Doméstica**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002.

_____. El Código Penal de 1995, Cinco Años Después. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 02-r3, 2000. Disponible en internet: <www.criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-r3>. Accedido en: 30 jul 2006.

BARQUÍN SANZ, Jesús; CASTILLO, Juan de Dios Luna del. Ingesta moderada de alcohol y prueba del etilómetro. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 07-15, 2005. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Accedido en: 28 jul 2006.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999. Parte Geral. v. 1.

BÁRTOLI, Márcio. Crimes Hediondos (Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990). **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 5, v. 5, n. 2, 1992.

BASTOS, Marcelo Lessa. A Medida Provisória Nº 229/04 e o Estatuto do Desarmamento – retomando a questão da eficácia de seus arts. 12 e 14 (posse irregular de arma de fogo). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 147, 2005.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATTAGLINI, Giulio. **Teoria da Infração Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1961.

BAUMANN, Jürgen. **Derecho Penal**. Conceptos Fundamentales y Sistema. Buenos Aires: Depalma, 1981.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Athena, 1937.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Madrid: Paidós Ibérica, 1998.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal of Political Economy**, Chicago, n. 76, 1968.

BEDNARSKI, José Luiz. Lei 9605/98: Equívocos do Legislador. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 6, n. 68, 1998.

BELING, Ernst. **Esquema de Derecho Penal**. La Doctrina del Delito-Tipo. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BEMFICA, Thaís Vani. **Crimes Hediondos e Assemelhados**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERALDO, Leonardo Faria. Apontamentos gerais sobre o Estatuto do Idoso. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, ano 7, n. 81, 2003.

BERISTAIN, Antonio. **Medidas Penales en Derecho Contemporáneo**. Teoría, Legislación Positiva y Realización Práctica. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1974.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penale**. Palermo: Gaetano Priulla, 1962. Parte Generale.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Introducción al Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da Criminalização**. Dos Antecedentes à Reincidência Criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. Causas e Alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Lições de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. Parte Geral.

_____. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Parte Geral. v. 1.

_____. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. Parte Geral. v. 1.

BITENCOURT, Henrique Pinheiro. Da retroatividade dos dispositivos penais da Lei n. 9.964/00, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 101, 2001.

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BOULANGER, Jean. Principes généraux du Droit et Droit Positif. **Le Droit Privé Français au Milieu du XXe. Siècle, Études Offertes à Georges Ripert**. Paris: LGDJM, 1950. Tomo I.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. _____. **Teoría Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRITO ALVES, Roque de. **Direito Penal**. Recife: Labograf, 1976. Parte Geral. v. 1.

_____. **Direito Penal**. Recife: Inojosa, 1977. Parte Geral. v. 1.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editôra Nacional de Direito, 1956. Parte Geral. Tomos I e II.

_____. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. Parte Especial. Tomo 4.

BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

BUJAN, Javier Alejandro. **Elementos de Criminología en la Realidad Social**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal**. Santiago: Jurídica Ediar-Conosur, 1978.

_____. **Manual de Derecho Penal Español**. Barcelona: Ariel, 1984. Parte General.

_____. **Introducción al Derecho Penal**. Santiago: Jurídica Ediar-Conosur, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de Derecho Penal**. Madrid: Trotta, 2006. Parte General.

CABALLERO, Jorge Frias; CODINO, Diego; CODINO, Rodrigo. **Teoría General del Delito**. Buenos Aires: Hamurabi, 1993.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 59, 2006.

CAFFARENA, Borja Mapelli; BASOCO, Juan Terradillos. **Las Consecuencias Jurídicas del Delito**. Madrid: Civitas, 1996.

CALLEGARI, André Luiz. O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 70, 1998.

_____. Nova Lei de Drogas – Da combinação de leis (lex tertia) – Fato praticado sob a vigência da Lei nº 6.368/76 e aplicação da nova Lei nº 11.343/06. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 14, n. 170, São Paulo, 2007.

_____. Problemas Pontuais da Lei de Lavagem de Dinheiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 31, 2000.

CAMPOS, Raúl Gonzáles-Salas. **La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal**. México: Oxford University Press México, 2001.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel. **Die strafrechtliche Behandlung des Terrorismus im spanischen Strafgesetzbuch von 1995**. Frankfurt am Main: Polizei&Wissenschaft, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000. Parte Geral.

_____. **Curso de Direito Penal**. Legislação Penal Especial. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARBONELL MATEU, J. C.; GONZALES CUSSAC, J. L.; VIVES ANTÓN, T. S.; et al. **Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. Parte Especial.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile, I**. Funzione e composizione del processo. Padova, 1936.

_____. **Lecciones de Derecho Penal**. El Delito. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In: ARÚS, Francisco Bueno; KURY, Helmut; RAMOS, Luis Rodríguez; et al. **Derecho Penal y Criminología como Fundamento de la Política Criminal**. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez. Madrid: Dykinson, 2006.

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**. Bogotá: Temis, 1977. Parte Especial. v. I. Tomo 3.

_____. **Programa de Derecho Criminal**. Bogotá: Temis, 1996. Parte General. v. I.

_____. **Programa de Derecho Criminal**. Bogotá: Temis, 1997. Parte Especial. v. II. Tomo 4.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal das Drogas no Brasil**. Do Discurso Oficial às Razões da Descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

_____. **Pena e Garantias**: Uma Leitura de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. Criminalidade Econômica e Denúncia Genérica: Uma Prática Inquisitiva. In: FAYET JÚNIOR, Ney (org). **Ensaios Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

_____. O Suplício de Tântalo: A Lei n. 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 134, 2004.

CASABÓ RUIZ, José-Ramón; CÓRDOBA RODA, Juan; MOURULLO, Gonzalo Rodríguez; MARZAL, Alejandro del Toro. **Comentarios al Código Penal**. Barcelona: Ariel, 1972. Tomo II.

CASTRO DOS SANTOS, Lycurgo. O Princípio da Legalidade no Moderno Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 4, n. 15, 1996.

CASTRO, Douglas Camargo de. A aplicação da circunstância atenuante inominada em razão da teoria da co-culpabilidade. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 151, 2005.

CASTRO, Élcio Pinheiro de. O Direito Penal e os limites do parcelamento ou pagamento segundo a nova Lei n. 10.684/03. **Síntese Jornal**, Porto Alegre, ano 7, n. 78, 2003.

CEREZO MIR, Jose. **Curso de Derecho Penal Español**. Madrid: Tecnos, 2004. Parte General. Introduccion.

_____. **Curso de Derecho Penal Español**. Madrid: Tecnos, 2004. Parte General. v. II.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Considerações sobre o Crime Hediondo, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. Arma de Brinquedo. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 4, n. 50, 1997.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CERVINI, Raúl. **Los Procesos de Descriminalizacion**. Montevideo: Universidad, 1991.

CHRISTIE, Nils. Civilidade e Estado. In: PASSETTI, Edson; DIAS DA SILVA, Roberto B. (orgs). **Conversações Abolicionistas**. Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

CLEINMAN, Betch. Mídia, Crime e Responsabilidade. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano 1, n. 1, 2001.

COBO DEL ROSAL, Manuel. Sobre el aborto: hacia la aclaración de un enigma. In: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F.; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; PERIS RIERA, Jaime (Coordinadores). **Estudios Jurídico-Penales sobre Genética y Biomedicina**. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani. Madrid: Dykinson, 2005.

COBO DEL ROSAL, Manuel; QUINTANAR DÍEZ, Manuel. **Instituciones de Derecho penal español**. Madrid: CESEJ, 2004. Parte General.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. Parte General.

COELHO, Walter. Erro de Tipo e Erro de Proibição no Novo Código Penal. In: GIACOMUZZI, Vladimir (org). **O Direito Penal e o Novo Código Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1985.

_____. **Teoria Geral do Crime**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1991. v. I.

COLES, Catherine. Especialista de Harvard defende aproximação entre polícia e comunidades pobres. **Jornal Folha de São Paulo**, 23 jun 2003. Caderno A, Entrevista concedida ao jornalista André Soliani.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. O art. 3º da Lei nº 9.605/98 cria intolerável Bis In Idem. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 72, 1998.

_____. Direção Inabilitada de Veículo: O Artigo 32 da LCP e o Novo Código de Trânsito. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano I, n. 4, 2000.

_____. Infração Penal Federal de Menor Potencial Ofensivo – Sobre o art. 2º, parágrafo único, da Lei N. 10.259/01. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano III, n. 13, 2002.

CÓRDOBA RODA, Juan. **Culpabilidad y Pena**. Barcelona: Bosch, 1977.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco Penal: Alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

CORRÊA, Antônio. **Dos Crimes contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Almedina, 1968. v. I.

_____. **Notas Críticas à Penalização de Actividades Económicas**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985. Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986. Parte Geral. v. 1.

_____. **Direito Penal**. Curso Completo. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. **Infrações Tributárias e Delitos Fiscais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

COSTA JÚNIOR, Paulo José; QUEIJO, Maria Elisabeth; MACHADO, Charles Marcildes. **Crimes do Colarinho Branco**. São Paulo: Saraiva, 2000.

COUTINHO, Luiz Augusto. Estupro simples: Crime hediondo ou hedionda aplicação da lei? **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano III, n. 15, 2002.

CRUZ MARQUES, Beatriz. La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: Conciliación y reparación del daño.

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-14. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-14.pdf>. Accedido en 07/10/07.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1953. Tomo I. Parte General.

CUÑARRO, Miguel Langón. **Orientación para el estudio de la teoría del delito**. Santiago: Nueva Universidad Católica de Chile, 1973.

CURY, Enrique. **Orientación para el estudio de la teoría del delito**. Santiago: Nueva Universidad, Universidad Católica de Chile, 1973.

_____. **Derecho Penal**. Santiago: Jurídica de Chile, 1982. Parte General. Tomo I.

_____. **La Ley Penal en Blanco**. Bogotá: Temis, 1988.

_____. **Curso de Derecho Penal y Procesal Penal**. Montevideo: Del Foro, 2003.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. A Certeza do Crime Antecedente como Elementar do Tipo nos Crimes de Lavagem de Capitais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 79, 1999.

DEL VECCHIO, Giorgio. Sobre os Princípios Gerais do Direito. In: _____. **Direito, Estado e Filosofia**. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida; PAULA, Gauthama Fonaciari de, RASSI, João Daniel. Efeitos penais do REFIS III (MP N° 303/06). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 14, n. 166, 2006.

DELMANTO, Roberto. Regime disciplinar diferenciado ou pena cruel? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 134, 2004.

DEMORO HAMILTON, Sérgio. O Custo Social de uma Legislação Penal Excessivamente Liberal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano II, n. 10, 2001.

DEVESA, Rodriguez. **Derecho Penal Español**. Madrid: Dykinson, 1991. Parte General.

DIAS, Caio Gracco Pinheiro. Da omissão à confusão: os problemas da Emenda Constitucional n° 45 no tocante ao processo de incorporação de tratados ao ordenamento jurídico brasileiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 152, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Estupro: um crime duplamente hediondo. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano II, n. 11, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 07-01, 2005. Disponible en internet: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Accedido en: 04 jul 2006.

DÍEZ, Carlos-Gómez. Corporate Criminal Liability: Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EEUU. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 2, n. 8, 2003.

DOHNA, Alexander Graf Zu. **La Estructura de la Teoría del Delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

_____. **La Ilícitud, como característica general en el contenido de las acciones punibles**. Contribución a la doctrina jurídico-penal general. México: Jurídica Mexicana, 1959.

DONINI, Massimo. Una Nueva Edad Media Penal? Lo Viejo y lo Nuevo en la Expansión del Derecho Penal Económico. In: BASOCO, Juan María Terradillos; SÁNCHEZ, María Acale (coordinadores). **Temas de Derecho Penal Económico: III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico**. Madrid: Trotta, 2004.

DOTTI, René Ariel. A Incapacidade Criminal da Pessoa Jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 3, n. 11, 1995.

_____. Princípios Constitucionais Relativos aos Crimes de Imprensa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 3, n. 10, 1995.

_____. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Parte Geral.

DUARTE, Maria Carolina. **Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional: Uma Abordagem Interdisciplinar (Crimes do colarinho-branco)**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. Breves considerações sobre a criminalização da tortura. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 5, n. 56, 1997.

DUMONT, Louis. **O Individualismo**. Uma Perspectiva Antropológica da Ideologia Moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1997.

- EISELE, Andreas. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Dialética, 1998.
- ELBERT, Carlos Alberto. **Manual Básico de Criminologia**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho**. Madrid: Civitas, 1984.
- ESSER, Josef. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1961.
- ESTELLITA, Heloisa. A Extinção da Punibilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária e nos Crimes Previdenciários. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 101, 2001.
- _____. Pagamento e Parcelamento nos Crimes Tributários: A Nova Disciplina da Lei N. 10.684/03. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 130, 2003.
- _____. Crimes tributários nos Tribunais Superiores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 58, 2006.
- ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. **El Derecho Penal en la Actividad Económica**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.
- ETCHEBERRY, Alfredo. **Derecho Penal**. Santiago: Gabriela Mistral, 1976. Tomo I. Parte General.
- EUTÍMIO DE CARVALHO, Djalma. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FARIA COSTA, José de. **Direito Penal Econômico**. Coimbra: Quarteto, 2003.
- FARIA, Bento de. **Das Contravenções Penais**. Rio de Janeiro: Récord, 1958.
- _____. **Código Penal Brasileiro** (Comentado). Rio de Janeiro: Récord, 1998. Parte Especial. v. VI.
- FAVARETO, Ivete Ribeiro. Violência Presumida. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 4, n. 50, 1997.
- FAYET JÚNIOR, Ney. **Do Crime Continuado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- FERNANDES, Antônio Scarance. Considerações sobre a Lei 8072/90 - Crimes Hediondos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 660, 1990.

FERNANDES, Fernando Augusto Henrique. A extensão do conceito de menor potencial ofensivo pelo Estatuto do Idoso. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 134, 2004.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, Sociedade de Risco e o Futuro do Direito Penal**. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Montevideo: Editorial B de F, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **Derechos y Garantías**. La Ley del más Débil. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Derecho y Razón**. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta, 2005.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro. **Direito Penal Português**. Lisboa: Verbo, 1981. Parte Geral. v. I.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

FERREIRA, Vergílio. Pena de Morte. Um Arcaísmo. In: Pena de Morte, Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal. **Anais**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967. v. II.

FERRER SAMA, Antonio. **Comentarios al Código Penal**. Murcia: Sucesores de Nogues, 1947. Tomo II.

FERRI, Henrique. **Princípios de Direito Criminal**. São Paulo: Acadêmica/Saraiva, 1931.

FEU ROSA, Antônio José Miguel. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Parte Especial.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal Vigente en Alemania**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto Penale**. Bologna: Zanichelli, 2007. Parte Generale.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. v. 1.

_____. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O Direito Penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, n. 33, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia**. O Homem Delincente e a Sociedade Criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FONSECA, André Gustavo Isola et al. Considerações acerca da perda da remição prevista no art. 127 da Lei de Execuções Penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 24, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1977.

_____. **História da Loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Parte Especial.

_____. A Reforma da Legislação Penal. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 35.

_____. **Lições de Direito Penal**. A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FREDERICO MARQUES, José. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1954. v. I.

_____. **Curso de Direito Penal**. Da Infração Penal. São Paulo: Saraiva, 1956. v. II.

FREITAS, Juarez. **A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta**. Petrópolis: Vozes, 1989.

FROMM, Erich. **Psicoanálisis de la Sociedad Contemporánea**. México: Fondo de Cultura Económica, 1958.

FULLER, Lon L. **Anatomía del Derecho**. Caracas: Monte Avila, 1969.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Família no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GANGONI, Bruno Corrêa. A plena vigência do art. 12 do Estatuto do Desarmamento face a inconstitucionalidade de medida provisória em matéria penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 149, 2005.

GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **A Inconstitucionalidade do Direito Penal do Terror**. Curitiba: Juruá, 1991.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Es la Pena de Muerte Eficaz y Justa? In: Pena de Morte, Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal. **Anais**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967. Vol I.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. I. Tomos I e II.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Introducción al Derecho Penal**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARCÍA-PABLOS, Antonio. **Manual de Criminología**. Introducción y Teorías de la Criminalidad. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.

_____. **Derecho Penal**. Introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1995.

GARLAND, David. As Contradições da Sociedade Punitiva: O Caso Britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal do Paraná, n. 13, 1999.

_____. **La Cultura del Control**: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005.

GAROFALO, Rafael. **Criminologia**. Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal. Lisboa: Livraria Clássica, 1925.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Alguns Aspectos da Fenomenologia da Violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó Gauer; GAUER, Ruth M. Chittó (orgs). **A Fenomenologia da Violência**. Curitiba: Juruá, 1999.

GIACOMUZZI, Vladimir. Norma Penal em Branco. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS**, Porto Alegre, 1999.

GIANELLA, Berenice Maria. Remição da Pena pela Educação. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 96, 2000.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GLENA, Gustavo Labatut. **Derecho Penal**. Santiago: Jurídica de Chile, 1979. Tomo I.

GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. **Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. Medidas de Segurança e seus Limites. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 1, n. 2, 1993.

_____. Projeto de Criação dos Juizados Especiais Criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 3, n. 9, 1995.

_____. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais (Enfoque Crítico) – 1ª Parte. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 4, n. 15, 1996.

_____. Da retroatividade (parcial) da Lei 9.271/96 (citação por edital). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 4, n. 42, 1996.

_____. **Suspensão Condicional do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Princípio da Legalidade (ou da reserva legal) e os limites das medidas provisórias em Direito Penal. In: GOMES, Luiz Flávio (coord). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Lei do Assédio Sexual (10.224/01): Primeiras Notas Interpretativas. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano 1, n. 2, 2001.

_____. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Lei dos Juizados Especiais Criminais (L. 10.159/01). Aspectos Criminais. In: WUNDERLICH, Alexandre (org). **Escritos de Direito e Processo Penal** (em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Nova competência dos Juizados criminais e seus reflexos práticos. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, n. 110, 2002.

_____. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Parte Geral. Introdução.

_____. **Direito Penal**. Teoria Constitucionalista do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Parte Geral.

_____. **Direito Penal**. Culpabilidade e Teoria da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Parte Geral.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na Era da Globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; CERQUEIRA, Thales Tácito. O poder da razão e as novas leis criminais. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, ano 7, n. 83, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de Armas de Fogo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal**: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa. Disponível em internet: <http://www.lfg.com.br>. Acessado em 12/12/2006.

GONÇALVES, Victor Eduardo. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999. Parte Geral.

_____. **Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; ROSAL BLASCO, Bernardo del; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, et al. (Coordinadores). **Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo Del Rosal**. Madrid: Dykinson, 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis. La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las propias Personas Jurídicas. In: PRADO, Luiz Régis (coord). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Em defesa da imputação subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRACIA MARTÍN, Luis; PASAMAR, Miguel Ángel Boldova; DOBÓN, M. Carmen Alastuey. **Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção e repressão – Comentários à Lei 6368/76. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, ano 13, n. 56, 2005.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. I. Parte Geral.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRISPIGNI, Filippo. **Diritto Penale Italiano**. Introduzione e parte prima, le norme penali sinteticamente considerate. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952. Volumen Primo.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos Crimes Sexuais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. El Destino de los Derechos del Ciudadano en un Derecho Penal "Eficaz". **Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales**, Buenos Aires, año 13, n. 49-52, 1990.

_____. História das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra. **Três Temas de Direito Penal**, Porto Alegre, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

_____. Perspectivas de uma Moderna Política Criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 8, 1994.

_____. **Persona, Mundo y Responsabilidad**. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Santa Fe de Bogotá – Colombia: Temis, 1999.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 04-14, 2002. Disponible en internet: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Accedido en: 04 jul 2005.

HERRERO HERRERO, César. **Criminología**. Madrid: Dykinson, 1997. Parte General y Especial.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000. Obras Completas. Tomo II.

HUERTA, Mariano Jimenez. **La Tipicidad**. México: Porrúa, 1955.

HULSMAN, Louk; CELIS, J. Bernat de. **Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa**. Barcelona: Ariel, 1984.

HUNGRIA, Néilson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1954; v. VIII.

_____. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I. Tomo II.

_____. **A Nova Lei de Imprensa**. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VI.

_____. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. VII.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. Parte General.

_____. **Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional**. Madrid: Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal. **Doctrina Penal**, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, año 2, n. 5-8, 1979.

_____. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1981. Parte General. Vols. I e II.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Granada: Comares, 2002. Parte General.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Lei Antitóxicos Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal, com redação da Lei nº 9.271/96. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 4, n. 42, 1996.

_____. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1. Parte Geral.

_____. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Crimes de Trânsito**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Lei das Contravenções Penais Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Estatuto do Desarmamento: Medida provisória pode adiar o início de vigência de norma penal incriminadora? **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano V, n. 26, 2004.

JURICIC, Paulo. **Crime de Tortura**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. Niterói: Luam, 1993.

_____. A Esquerda Punitiva. **Discursos Sediciosos** – Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, 1996.

_____. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das Leis 9.099/95 e 10.259/2001. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 39, 2002.

_____. Violência de gênero: O paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 14, n. 168, 2006.

KAUFMANN, Armin. **Teoría de las Normas**. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna. Buenos Aires: Depalma, 1977.

KELLING, George L.; WILSON, James Q. Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety. **Review Atlantic Monthly**, Boston, March 1982.

KELLING, George; COLES, Catherine. **Fixing Broken Windows**: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities. New York: Free Press, 1996.

KITTRIE, Nicholas N. **The Right to be Different**. Deviance and Enforced Therapy. Middlesex: Penguin, 1971.

KREBS, Pedro. A Inconstitucionalidade e Ilegalidade do Art. 303 da Lei N. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 70, 1997.

KUHENE, Maurício. **Lei de Execução Penal Anotada**. Curitiba: Juruá, 1999.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Las Consecuencias Jurídicas del Delito**. Madrid: Tecnos, 1996.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LARRAURI, Elena. **La Herencia de la Criminología Crítica**. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2000.

LAUAND, Marian de Souza Lima; PODVAL, Roberto. Juizados Especiais Criminais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, n. 107, 2001.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos**. Aspectos Político-jurídicos da Lei 8072/90. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1998. Parte Geral.

_____. Estupro e atentado violento ao pudor como crimes hediondos: desencontro entre a hermenêutica doutrinária e a jurisprudencial. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 135, 2004.

_____. Nova Lei N° 11.343/2006: Descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas?. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 14, n. 169, 2006.

LEJINS, Peter P. A Atual Crise da Política Criminal nos Estados Unidos. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 28, 1980.

LIMA DE CARVALHO, Márcia Dometila. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

LIMA, André Estefam Araújo; SOUZA, Luiz Antônio de. Lei nº 9.099/95 e Ação Penal Privada. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano VI, n. 31, 2005.

LOCKE, John. Carta Acerca da Tolerância. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. XVIII.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Diálogos sobre a Justiça Dialógica**. Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Juízes inquisidores? e paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 10, 2003.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. A (de)mora jurisdicional e o direito de ser julgado em um prazo razoável no processo penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 152, 2005.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Parte Geral.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LÓPEZ-REY Y ARROJO, Manuel. La Prevención del Delito y la Pena de Muerte. In: Pena de Morte, Colóquio Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal. **Anais**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967. v. I.

LÚCIO, Vicente Carlos. Crime de Sedução e Menoridade – Subsídio para a Reforma do Código Penal. **Revista de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano I, n. 5, 2001.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

_____. Criminalização do Verde. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano II, n. 19, 1998.

_____. Notas sobre a Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. In: PRADO, Luiz Régis (coord). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Em defesa do princípio da imputação subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Antinomias Penales y Medición de la Pena. **Doctrina Penal** – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, año 2, n. 5-8, 1979.

_____. **Curso de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Universitas, 1996. Parte General. v. I.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II.

MAC IVER, Luis Cousiño. **Derecho Penal Chileno**. Santiago: Jurídica de Chile, 1975. Parte General. Tomo I.

_____. **Derecho Penal Chileno**. Santiago: Jurídica de Chile, 1979. Parte General. Tomo II.

MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a Ordem Tributária. SILVA MARTINS, Ives Gandra da (coord). **Crimes contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MAGGIORE, Giuseppe. **El Derecho Penal**. El Delito. Bogotá: Temis, 1954. v. I.

_____. **Derecho Penal**. El Delito. La Pena. Medidas de Seguridad y Sanciones Civiles. Bogotá: Temis, 1954. v. II.

_____. **Derecho Penal**. Delitos en Particular. Bogotá: Temis, 1955. Parte Especial. Volumen III.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. Anotações à Lei Federal n. 7.492/86. São Paulo: Malheiros, 1996.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 59, 2006.

MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. A Lei dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano III, n. 13, 2002.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 1992. Parte Generale.

_____. **El Siglo XIX y las Ciencias Criminales**. Bogotá: Temis, 2000.

_____. El problema jurídico de la eutanásia. In: ROXIN, Claus; MANTOVANI, Ferrando; BARQUÍN SANZ, Jesús; OLMEDO CARDENETE, Miguel. **Eutanasia y Suicidio**: Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001.

_____. La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal. In: MODERNAS TENDENCIAS EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y EN LA CRIMINOLOGÍA, 2001, Madrid. **Actas y Congresos**. Madrid: Universidad Nacional a Distancia, 2001.

_____. **Principi di Diritto Penale**. Padova: CEDAM, 2002.

_____. Sobre la Perenne Necesidad de la Codificación. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 01-01, 1999. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-01.html>. Accedido en: 30 jul 2006.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**. Teorías Generales. Buenos Aires: Ediar, 1948. v. I. Tomo I. Primera Parte.

_____. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 1950. Tomo V.

_____. **Tratado de Derecho Penal**. Teorías Generales. Buenos Aires: Ediar, 1949. Volumen III. Tomo III. Primera Parte.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español**. Barcelona: Bosch, 1983.

MAQUEDA ABREU, M^a Luisa. Límites del poder punitivo del Estado. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; ALONSO, Esteban J. Pérez (Coord). **Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. Parte General.

MARCÃO, Renato. Livramento condicional em crimes hediondos e assemelhados após a declaração de inconstitucionalidade do regime integral fechado (§ 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990). **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, ano VII, n. 37, 2006.

MARCÃO, Renato. Progressão de regime em crimes hediondos ou assemelhados. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, Ano VIII, n. 44, 2007.

MARIANO DA SILVA, Cesar Dario. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Parte Geral. v. I.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso de Diritto Penale**. Milano: Giuffrè, 2001.

MARONNA, Cristiano Avila. Nova Lei de Drogas: Retrocesso travestido de avanço. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 14, n. 167, 2006.

MARQUES DA SILVA, Ivan. A inacreditável Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 135, 2004.

MARRONE, José Maria. **Delitos de Trânsito**. Aspectos Penais e Processuais do Código de Trânsito. São Paulo: Atlas, 1998.

MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. Las modulaciones del principio de presunción de inocencia en el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador). **Estudios Penales Sobre Violencia Doméstica**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002.

MARZAL, Alejandro del Toro; RODA, Juan Córdoba; MOURULLO, Gonzalo Rodríguez; RUIZ, José-Ramón Casabó. **Comentarios al Código Penal**. Barcelona: Ariel, 1972. Tomo II.

MATHIESEN, Thomas. A Caminho do Século XXI – Abolição, um sonho impossível?. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da (orgs). **Conversações Abolicionistas**. Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ariel, 1962. Tomos I e II.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Astrea, 1995. Parte General. v. 2.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Buenos Aires: Astrea, 1994. Parte General. v. 1.

MAYER, Helmuth. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 1967.

MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. Parte General.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Parte Geral. Volume I. Tomo II.

_____. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Parte Geral. Volume I. Tomo III.

MEHMERI, Adilson. **Noções Básicas de Direito Penal**. Curso Completo. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELLO, Marco Aurélio de. Temas de Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 2, n. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MELO RODRIGUES, Eduardo Silveira. **A Embriaguez e o Crime**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcel y Fábrica**. Los Orígenes del Sistema Penitenciario (Siglos XVI-XIX). México: Siglo Veintiuno, 1985.

MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Parte Geral. v. I.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949. Tomo II.

_____. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949. Tomo II.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las Bases del Derecho Penal**. Concepto y Método. Barcelona: Bosch, 1976.

_____. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. **Derecho Penal**. Barcelona: Reppertor, 2004. Parte General.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 1987.

_____. Crimes Hediondos: Aplicação e Imperfeições da Lei. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 663, 1991.

_____. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1998. Vols. 1 e 2.

_____. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. Vol II.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. . Tomo II.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto de. A Crise da Segurança Pública no Brasil. In: BONATO, Gilson (org). **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais (Uma leitura de certa “efetivação” constitucional). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto de; ROCHA DE CARVALHO, Edward. Teoria das Janelas Quebradas: E se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 11, 2003.

MOCCIA, Sergio. **El Derecho Penal entre Ser y Valor**. Función de la pena y sistemática teleológica. Montevideo: Editorial B de F, 2003.

MONREAL, Eduardo Novoa. **Curso de Derecho Penal Chileno**. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1966. Tomo II.

_____. **Qué queda del Derecho Natural?** Reflexiones de un Jurista Cristiano. Buenos Aires: Depalma, 1967.

_____. **Causalismo y Finalismo en Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1982.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos**. Texto, comentários e aspectos polêmicos. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Crimes contra a Previdência Social**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. XXI.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Fernanda Teixeira Zanoide de. O STF foi além da progressão do regime prisional. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 161, 2006.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. Discursos penais de emergência e as recentes alterações na Lei de Crimes Hediondos promovidas pela Lei 11.464/2007. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 15, n. 174, 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. As alterações na Lei dos Crimes Hediondos – A Lei nº 11.464/2007. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, Ano VIII, n. 44, 2007.

MORENO TORRES-HERRERA, M^a Rosa. El iter criminis. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; ALONSO, Esteban J. Pérez (Coord.). **Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. Parte General.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Metodología y Ciencia Penal**. Granada: Universidad de Granada, 1990.

_____. **Teoría de las consecuencias jurídicas del delito**. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Estudios Penales Sobre Violencia Doméstica**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002.

_____. **Derecho Penal. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal**. Madrid: Dykinson, 2004. Parte General.

_____. Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; ROSAL BLASCO, Bernardo del; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, et al. (Coordinadores). **Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo Del Rosal**. Madrid: Dykinson, 2005.

_____. Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 04-06, 2002. Disponible en internet: <<http://criminetugr.es/recpc>>. Accedido en: 21 jul 2006.

_____. **Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (Aspectos penales, civiles y procesales)**. Madrid: Dykinson, 2007.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo; CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel. **Compendio de Derecho Penal Español**. Madrid: Marcial Pons, 2000. Parte Especial.

MOUCHET, Carlos; BECÚ, Ricardo Zorraquín. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

MOURÃO, Gerardo Mello. Crime Hediondo. **Jornal Folha de São Paulo**, São Paulo, 01 maio 1997, Caderno A.

MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. **La Omision de Socorro en elCodigo Penal**. Madrid: Tecnos, 1966.

_____. **Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1977. Parte General.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

_____. La Resocialización del Delincuente. Análisis y Crítica de un Mito. **Doctrina Penal**. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, año 2, n. 5-8, 1979.

_____. **Teoría General del Delito**. Bogotá: Temis, 1984.

_____. Delincuencia Economica: Estado de la Cuestion y Propuestas de Reforma. In: ESTUDIOS JURÍDICOS. **Hacia un Derecho Penal Económico Europeo**. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1995. Serie Derecho Público, Boletim Oficial del Estado.

_____. **Derecho Penal y Control Social**. Bogotá: Temis, 1999.

_____. **De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”**. Buenos Aires: Hamurabi, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. Parte General.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. Parte General.

NASSIF, Aramis. Reincidência: Necessidade de um Novo Paradigma. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano 1, n. 4, 2001.

NAUCKE, Wolfgang. **Strafrecht**. Eine Einführung. Berlin: Alfred Metzner Verlag, 1991.

NEUMANN, Elías. **Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Régimenes Carcelarios**. Buenos Aires: Pannedille, 1971.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Dos Crimes Hediondos. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**, São Paulo, n. 128, 1991.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

_____. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

_____. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

_____. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUVOLONE, Pietro. **O Sistema do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. v. I.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Manual de Derecho Penal**. Navarra: Aranzadi, 2002. Parte General.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Moreira de. O Direito Penal e a Intervenção Mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 5, n. 17, 1997.

OLIVEIRA, William Terra de. A Criminalização da Lavagem de Dinheiro (Aspectos Penais da Lei 9.613 de 1º de Março de 1998). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 23, 1998.

OLMEDO CARDENETE, Miguel. Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido. In: ROXIN, Claus; MANTOVANI, Ferrando; BARQUÍN SANZ, Jesús; OLMEDO CARDENETE, Miguel. **Eutanasia y Suicidio**: Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001.

_____. **El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico**: análisis teórico y jurisprudencial. Barcelona: Atelier, 2001.

_____. La violencia en el entorno doméstico: Un análisis de Derecho comparado en Europa. In: MORILHAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Estudios Penales Sobre Violencia Doméstica**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002.

_____. Las lesiones al feto y el objeto de protección en los artículos 157 y 158 del Código Penal Español. In: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F.; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; PERIS RIERA, Jaime (Coordinadores). **Estudios Jurídico-Penales sobre Genética y Biomedicina. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani**. Madrid: Dykinson, 2005.

_____. La inidoneidad del objeto en casos de omisión del deber de socorro en accidentes de tráfico. Especial referencia a su tratamiento jurisprudencial. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (Aspectos penales, civiles y procesales)**. Madrid: Dykinson, 2007.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1976.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. Brevíssima passagem pelo desarmamento civil. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 136, 2004.

PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.

PALOS, Fernando Diaz. **Teoria General de la Imputabilidad**. Barcelona: Bosch, 1965.

PAVARINI, Massimo. **Los Confines de la Cárcel**. Montevideo: Carlos Alvarez, 1995.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. **Juizado Especial Criminal**. São Paulo: Atlas, 1999.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito Penal**. Estrutura Crime. São Paulo: Universitária de Direito, 1993. Parte Geral.

_____. **Aspectos Polêmicos de Processo e Direito Penal**. São Paulo: Universitária de Direito, 1997.

PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. A Objetividade do Princípio da Insignificância. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, n. 109, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERIS RIERA, Jaime. **El Proceso Despenalizador**. Valencia: Universidad de Valencia, 1983.

_____. **Delitos contra el Medio Ambiente**. Valencia: Universidad de Valencia, 1984.

_____. **La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual** (Tendencias restrictivas en favor de la penetración en el elemento subjetivo). Valencia: Tirant lo blanch, 1994.

_____. Delitos de peligro y sociedad de riesgo: Una constante discusión en la dogmática penal de la última década. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; ROSAL BLASCO, Bernardo del; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; et al. (Coordinadores). **Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal**. Madrid: Dykinson, 2005.

PERIS RIERA, Jaime; GARCÍA GONZÁLES, Javier. El control penal de las manipulaciones genéticas y la función simbólica del Derecho Penal. In: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F.; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; PERIS RIERA, Jaime (Coordinadores). **Estudios Jurídico-Penales sobre Genética y Biomedicina. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani**. Madrid: Dykinson, 2005.

PERIS RIERA, Jaime; GARCÍA GONZALES, Javier. El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: Criterios de incriminación. In: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F.; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; PERIS RIERA, Jaime (Coords.). **Estudios Jurídico-Penales sobre Genética y Biomedicina**. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani. Madrid: Dykinson, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido** (Na Teoria do Delito). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Escritos Jurídico-Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Do Crime Continuado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

PIRES, Marcelo Juliano Silveira. Possibilidade de conversão da transação penal não cumprida em pena restritiva de liberdade. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 47, 2002.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Los Elementos Subjetivos del Injusto en el Código Penal Español**. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1972.

_____. El Bien Jurídico en el Derecho Penal. **Anales de la Universidad Hispalense**, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

_____. **Estudios Penitenciarios**. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1988.

_____. **Derecho Penal**. Fundamentos Científicos del Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1990. Parte General. Tomo I.

_____. **Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal**. México: Porrúa, 2001.

_____. **La Reforma Penal Española de 2003: Una Valoración Crítica**. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. **Cometer Delitos con Palabras**: Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal. Madrid: Dykinson, 2004.

POUND, Roscoe. **Introdução à Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

PRADO, Geraldo. A Execução Penal e o Sistema Acusatório. In: CARVALHO, Salo de (org). **Crítica à Execução Penal**. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Justiça Penal Consensual. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em Direito Penal e Política Criminal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 47, 2004.

QUEIRÓS, Narcélio de. **Teoria da “Actio Libera in Causa” e outras Teses**. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**. Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMOS TAPIA, M^a Inmaculada. Límites al poder punitivo del Estado. In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; ALONSO, Esteban J. Pérez (Coord.) **Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. Parte General.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANIERI, Silvio. **Manuale di Diritto Penale**. Padova: Casa Editrice Dott, Antonio Milani – CEDAM, 1956. Volume Primo. Parte Generale.

REALE JÚNIOR, Miguel. Crimes Hediondos e Uso de Drogas. In: **Direito Penal Aplicado 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio S. de Moraes (org). **Juizados Especiais Criminais**: interpretação crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. In: PRADO, Luiz Régis (coord). **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Insegurança e Tolerância Zero. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano 2, n. 9, 2003.

_____. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Parte Geral. v. II.

REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio de Moraes. **Penas e Medidas de Segurança no Novo Código**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RECASENS SICHES, Luis. _____. La Pena de Muerte. Grave Problema con Multiples Fecetas. In: Pena de Morte, Colóquio Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal. **Anais**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967. v. II.

_____. **Tratado General de Sociologia**. México: Porrúa, 1960.

RECASENS SICHES, Luis. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1956.

RÉGIS PRADO, Luiz. **Pena de Multa**. Aspectos Históricos e Dogmáticos. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

_____. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Crime Ambiental: Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 65, 1998.

_____. Princípios Penais de Garantia e a Nova Lei Ambiental. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 70, 1998.

_____. **Crimes Contra o Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Parte Geral.

RÉGIS PRADO, Luiz (coord). **Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídica**. Em defesa do princípio da imputação subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RÉGIS PRADO, Luiz (coord). **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RÉGIS PRADO, Luiz; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Anotado e Legislação Complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REIS, Alexandre Cebrian; GONÇALVES, Victor Eduardo. **Processo Penal: Procedimentos, Nulidades e Recursos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIPOLLÉS, Antonio Quintano. **Compendio de Derecho Penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. I.

RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. Jean-Paul Marat: Plan de législation criminelle. **Doctrina Penal**. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, año 1, n. 1-4, 1978.

_____. Introdução al estudio de los principios cardinales del Derecho Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 32, 2000.

ROBERTI, Maura. **A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

ROCCO, Arturo. **Cinco Estudios sobre Derecho Penal**. Montevideo: B de F, 2003.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A transação penal e os cinco anos de vigência da Lei 9099/95. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org). **Estudos Criminais em**

Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método, 2001.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Crimes contra a Ordem Tributária. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da (coord). **Crimes contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RÖHNELT, Ladislau Fernando. A Lei Penal e a Vacatio Legis. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS**, Porto Alegre, 1999. Edição Especial.

ROSAL BLASCO, Bernardo del. **La Provocación para Cometer Delito en el Derecho Español (Exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código penal)**. Madrid: EDERSA, 1986.

_____. La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal. **ADPCP**, Tomo 40, n. 1. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987.

_____. La política criminal contra la violencia doméstica: ¿Alguien da más? In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; ROSAL BLASCO, Bernardo del; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, et al. (Coordinadores). **Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal**. Madrid: Dykinson, 2005.

ROSAL BLASCO, Bernardo del; CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel; et al. **Compendio de Derecho Penal Español** (Parte Especial). Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROSAL, Juan del. **Derecho Penal** (Lecciones). Valladolid: Publicaciones del los Seminarios de la Facultad de Derecho, 1954.

ROSS, Edward. **Social Control**. A Survey of the Foundations of Order. New York: Mac Millan, 1901.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A Pessoa Jurídica Criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997.

ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1972.

_____. **Problemas Básicos del Derecho Penal**. Madrid: Editorial Reus, 1976.

_____. Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. In: ROXIN, Claus; MANTOVANI, Ferrando; BARQUÍN SANZ, Jesús; OLMEDO CARDENETE, Miguel. **Eutanasia y Suicidio**: Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001.

_____. **Derecho Penal**. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 2006. Parte General. Tomo I.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal**. Barcelona: Ariel, 1989.

SAINZ CANTERO, José. **Lecciones de Derecho Penal**. Introducción. Barcelona: Bosch, 1979. Parte General. Tomo I.

SALGADO MARTINS, José. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1974. Introdução e Parte Geral.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Curso Completo de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SAMPAIO SOUZA, João Paulo de Aguiar; ABUD DA FONSECA, Tiago. A aplicação da Lei nº9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 14, Nº168, 2006.

SANCHES CUNHA, Rogério; BATISTA PINTO, Ronaldo. **Violência Doméstica (Lei Maria da Penha)**: Lei 11.340/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANCTIS, Fausto Martin. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e Retroatividade das Alterações da Jurisprudência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 31, 2000.

SARLET, Ingo. Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição do Excesso e de Insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 12, 2003.

SAUER, Guillermo. **Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1956. Parte General.

SCHMIDHÄUSER, Ebehard. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil. Lehrbuch. Tübingen: JCB Mohr (Paul Siebeck), 1970.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (org). **Crítica à Execução Penal**. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Exclusão da Punibilidade em Crimes de Sonegação Fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Crônica acerca da extinção do exame criminológico. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 134, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SEADI, Jorge Abdala. **Crimes Hediondos e a Falsificação de Medicamentos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Algumas notas sobre a nova Lei de Tortura (Lei N. 9.455, de 7 de abril de 1997). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 5, n. 54, 1997.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. A Lei de Drogas e o Crime de Tráfico. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 15, n. 177, São Paulo, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e Constituição. Aspectos Relevantes para sua Aplicação e Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SICOLI, José Carlos Meloni. A Tutela Penal do Meio Ambiente na Lei 9605, de 13 de fevereiro de 1998. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 65, 1998.

SILVA FRANCO, Alberto, MAÑAS, Carlos Vico, BETANHO, Luiz Carlos et al. **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1.

SILVA FRANCO, Alberto, SILVA JÚNIOR, José, BETANHO, Luiz Carlos et al. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA FRANCO, Alberto, SILVA JÚNIOR, José, BETANHO, Luiz Carlos et al. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2.

SILVA FRANCO, Alberto, SILVA JÚNIOR, José, BETANHO, Luiz Carlos et al. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA FRANCO, Alberto. O estilista desavisado. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 3, n. 33, 1995.

_____. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Crime Hediondo: Um conceito-fantasma à procura de um legislador penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 161, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: JM Bosch, 1992.

_____. Responsabilidad Penal de las Empresas y de sus Organos en Derecho Penal Español. In: PRADO, Luiz Régis (coord). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

_____. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. O Cancelamento da Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, n. 109, 1999.

SILVA, José Geraldo da. **A Lei de Tortura Interpretada**. Campinas: Bookseller, 1999.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis Penais Especiais Anotadas**. Campinas: Millenium, 2002.

SILVA, Juary. **Elementos de Direito Tributário Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVESTRE, Fábio Galindo. Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, ano VII, n. 37, 2006.

SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría Constitucional del Delito**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. Parte Geral. Tomo I.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Ainda sobre a aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais na esfera estadual. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 113, 2002.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1956. Tomo II.

_____. **Fe en el derecho y otros ensayos**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1956.

SOUSA, Alberto Rufino Rosa Rodrigues de. Bases Axiológicas da Reforma Penal Brasileira. In: GIACOMOZZI, Vladimir (org). **O Direito Penal e o Novo Código Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1985.

_____. Perspectivas do Moderno Direito Penal. **Parquet**, Porto Alegre, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

SOUZA, Gilson Sidney Amâncio de. Breves considerações sobre a Lei Nº 11.106, de 28.03.2005, que alterou o Código Penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 151, 2005.

SPERB RUBIN, Daniel. Janelas Quebradas, Tolerância Zero e Criminalidade. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 49, 2003.

STAMPA BRAUN, Jose Maria. **Introduccion a la Ciencia del Derecho Penal**. Valladolid: Talleres Gráficos de Miñon, 1953.

STRATENWERTH, Günter. **El Futuro del Principio Juridico Penal de Culpabilidad**. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.

_____. **Derecho Penal**. El Hecho Punible. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), 1982. Parte General, I.

STRECK, Lênio Luiz. A Filtragem Hermenêutica-Constitucional do Direito Penal: Um Acórdão Garantista. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano 1, n. 01, 2001.

_____. O “Crime de Porte de Arma” à Luz da Principiologia Constitucional e do Controle de Constitucionalidade: Três Soluções à Luz da Hermenêutica. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano 1, n. 01, 2001.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Inconstitucionalidade (parcial sem redução de texto) da Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 47, 2002.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição? FAYET JÚNIOR, Ney (org). **Ensaio Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

SUÁREZ LÓPEZ, José María. La incidencia del principio non bis in idem ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo

(Coordenador). **Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial** (Aspectos penales, civiles y procesales). Madrid: Dykinson, 2007.

SUTHERLAND, Edwin H. **El Delito de Cuello Blanco**. Madrid: Ediciones de la Piqueta, 1999.

SZNICK, Valdir. **Comentários à Lei dos Crimes Hediondos**. São Paulo: Universitária de Direito, 1993.

TAFFARELLO, Rogério F. Nova (?) Política Criminal de Drogas: Primeiras impressões. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 14, n. 167, São Paulo, 2006.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. **Sucessão de Leis Penais**. Coimbra: Coimbra, 1997.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

_____. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEIXEIRA, Fernando Tadeu. Primeiras impressões sobre a Lei n. 10.259 de 12 de julho de 2001, que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, n. 106, 2001.

TELES, Ney Moura, **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1998. Vols. 1 e 2.

TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico** (comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1992.

_____. Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas e Empresas em Direito Comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 3, n. 11, 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Crimes Hediondos. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 5, n. 2, 1992. v. 5.

_____. Sobre o crime de tortura na recente Lei 9.455/97. **Justiça Penal**, São Paulo, n. 5, 1997.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos**. O Mito da Repressão Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. Uma Contribuição ao Estudo da Lei n. 7.492/86. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. Parte Geral. Tomo I.

VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez. **Derecho Penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997. Parte General.

VERRI, Pietro. **Observações Sobre a Tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

VIVEIROS DIAS, Marcus Vinicius de. Lei 10.741/03 – Estatuto do Idoso. Aspectos penais precípuos. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, ano 7, n. 80, 2003.

VIVES ANTÓN, T.S.; REIG, J. Boix; BERENGUER, E. Orts et al. **Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. Parte Especial.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Reus, ano. Tomo Primero.

_____. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Reus, 1927. Tomo Segundo.

_____. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Reus, 1929. Tomo Tercero.

WACQUANT, Löic. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. Parte General.

_____. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal**. Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista. Barcelona: Ariel, 1964.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal**. Aspectos Fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976. Parte Geral.

WUNDERLICH, Alexandre. A Vítima no Processo Penal (Impressões sobre o fracasso da Lei nº 9.099/95). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs). **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**, 2005.

YACOBUCCI, Guillermo J. **El Sentido de los Principios Penales**. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2000. Parte General.

_____. **Tratado de Derecho Penal. Parte General.** Buenos Aires: Ediar, 1981. Tomo III.

_____. **Tratado de Derecho Penal.** Buenos Aires: Ediar, 1982. Parte General. Tomo IV.

_____. Panorama Atual da Problemática da Omissão. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, v. 33, 1982.

_____. **Criminología. Aproximación desde un Margen.** Bogotá: Temis, 1988. v. 1.

_____. **En Busca de las Penas Perdidas.** Deslegitimacion y Dogmatica Juridico-Penal. Buenos Aires: Ediar, 1989.

_____. Crime organizado: Uma categorização frustrada. **Discursos Sediciosos.** Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal.** Buenos Aires: Ediar, 1977. Parte General.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa** (Doutrina e Jurisprudência). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Parte Geral.

ZEIDAN, Rogério. Presunção de Violência por Motivo Etário. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 64, 1998.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de Derecho Penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; ALONSO, Esteban J. Pérez (Coord.). **Derecho Penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. Parte General.