

LES FRAYDELT PRO

# Revista

Julio 2011

28

# blanch



blanch

# Revista Penal

Número 28

## Sumario

---

### Doctrina

- Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal, por *Juana del Carpio Delgado* ..... 5
- Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor, por *Viviana Caruso Fontán* ..... 29
- Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica, por *Donato Castronuovo* ..... 44
- ¿Para qué necesitamos una coautoría imprudente?, por *Andreas Hoyer*..... 56
- El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado, por *M<sup>a</sup> José Jordán Díaz-Roncero e Ignacio Comes Raga*..... 67
- Los límites de la amnistía, por *Juan Antonio Lascuráin*..... 95
- Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* ..... 114
- ¿Hacia un espacio sancionador administrativo común?, por *Adán Nieto Martín* ..... 136
- Mandato de determinación y consecuencia jurídica, por *Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro* ..... 153
- La legislación penal relativa a la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual a nivel internacional por *Shizhou Wang* ..... 165
- Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad, por *Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo* ..... 187
- Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?, por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* ..... 197
- Sistemas penales comparados:** El delito de blanqueo de dinero ..... 207
- Bibliografía:** Notas bibliográficas sobre pena de muerte, historia del Derecho penal y Derecho penal Internacional, por *Francisco Muñoz Conde* ..... 269
- Noticias.** Próximo encuentro del Grupo Nacional español de la Asociación Internacional de Derecho Penal..... 293



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
ferreolive@terra.es

### Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

### Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

### Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Shizhou Wang (China)	Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Adán Nieto Martín y (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Dimitris Ziouvas (Grecia)	Baris Erman (Turquía)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)	Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: tlb@tirant.com  
http://www.tirant.com  
Librería virtual: http://www.tirant.es  
DEPÓSITO LEGAL:  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Compobell  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil<sup>1</sup>

Ana Elisa Liberatore S. Bechara<sup>2</sup>

Revista Penal, n.º 28.— Julio 2011

**RESUMEN:** Pretende el trabajo traer un análisis crítico de los límites de la intervención penal en Brasil, tomándose como punto de partida el rescate de la importancia de los derechos humanos frente a los instrumentos de control social formal ejercido por el Estado.

**PALABRAS CLAVE:** Límites intervención penal - Derechos humanos en Brasil.

**ABSTRACT:** This article aims to bring a critical analysis of the limits of Criminal Law in Brazil, from the recognition of the importance of the human rights against the formal instruments of social control exercised by the State.

**KEY WORDS:** Limits of Criminal Law - Human rights in Brazil.

**SUMARIO:** I. Introducción; II. Derechos humanos en el ámbito del Estado Democrático de Derecho: la persona como destinataria de las normas jurídicas; III. Supuesta crisis de eficacia del Derecho Penal: propuestas de expansión; IV. Política criminal y derechos humanos; V. Derechos humanos y Derecho Penal en Brasil. VI. Límites para una intervención penal racional; VI. Conclusión.

### I. Introducción

La relación entre Derecho Penal y derechos humanos siempre fue ambigua, exprimiendo una tensión antinómica entre dos polos. Tal antinomia reside en la propia esencia del *ius puniendi*, que afecta a derechos fundamentales del individuo, comenzando por su libertad. Por otra parte, el sistema penal ejerce también una función de protección de los derechos fundamentales, por medio de la incriminación de comportamientos, en el

contexto de un doble sentido, afirmando positivamente valores y atribuyendo carácter delictivo a su transgresión<sup>3</sup>, todo con el fin de resguardar la seguridad y la convivencia armónica en el ámbito de una determinada sociedad. La búsqueda de un punto de equilibrio entre los intereses involucrados (la seguridad de la sociedad y los derechos individuales) se revela, así como una de las dificultades más serias para el establecimiento del contenido y de la legitimidad de la intervención jurí-

1 El presente trabajo va dedicado al Profesor Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, a quien agradezco por la revisión de la versión en español.

2 Profesora Doctora de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo y Directora de la Revista Brasileira de Ciências Criminais.

3 En el mismo sentido, v. DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004, p. 22.

dico-penal, estando justamente por eso, siempre sujeta a revisión<sup>4</sup>.

En este contexto, como centro de la actual discusión sobre los modelos de intervención jurídico-penal, surge la interrogante de la delimitación de las consecuencias provenientes de los elementos que caracterizan en las sociedades postindustriales a la política criminal y a la dogmática penal. La reflexión acerca de los límites respecto a la utilización y el contenido del Derecho Penal, debe efectuarse a partir del establecimiento de las consecuencias del reconocimiento de los derechos individuales fundamentales<sup>5</sup>. Este tema adquiere especial relevancia en la actualidad, justamente por la perplejidad que causan los rumbos que parece tomar la política criminal para abordar presuntas nuevas cuestiones, que, por otra parte, no es de extrañar, que gocen de respaldo popular y de impulso político de un amplio espectro ideológico.

A decir verdad, el discurso de contraposición entre eficacia y garantías individuales no es nuevo. En la historia reciente se pueden encontrar diversos ejemplos, de modelos de intervención que se alejan del paradigma penal liberal y que, supuestamente sustentados por una ideología de mantenimiento del orden público o de la seguridad colectiva contra enemigos, producen el mismo efecto autoritario de segregar, por intermedio

del Derecho Penal, a determinados sectores sociales<sup>6</sup>. Ese movimiento pendular entre autoritarismo y humanismo<sup>7</sup> en la actualidad parece tender hacia un Derecho Penal de seguridad, que conlleva la limitación de derechos y libertades individuales en nombre de una mayor eficacia y protección social.

En esta situación se hace necesario llevar a cabo un análisis crítico del fenómeno de expansión del Derecho Penal, que tome como punto de partida el rescate de la importancia de los derechos humanos frente a los instrumentos de control social formal ejercido por el Estado. Pero tenemos que tener presente que cualquier reflexión en relación a un determinado modelo de intervención debe partir de los presupuestos valorativos que confieren coherencia a la propia concepción, de su finalidad y legitimidad, tanto de quien la lleva a cabo, como del modelo de Estado en el que se sitúa el ordenamiento punitivo. Así, en cada diferente momento histórico, el Derecho Penal refleja invariablemente la orientación filosófico-jurídica y la ideología política vigentes, relacionadas con la forma de Estado adoptada en la organización social<sup>8</sup>.

El análisis valorativo de la legitimidad del Derecho Penal no se debe confundir con la adopción de posturas que frecuentemente conducen a la ocultación de perspectivas de tendencia moralista. Este es el riesgo

4 Sobre el fundamento de la necesidad de un perenne cuestionamiento del contenido del Derecho Penal, a partir de la consideración de sus propias deficiencias, digna de notarse la cita de Gustav Radbruch, para quien «*las investigaciones sobre el método jurídico son numerosas. Como los seres humanos, que se martirizan, auto-observándose son, en su mayoría, seres enfermos, de la misma forma las ciencias que se preocupan con sus propios métodos científicos son ciencias enfermas; los hombres saludables y los ciencias saludables no se preocupan mucho en saber sobre sí mismos.*» («*Die Untersuchungen über die juristische Methode häufen sich. Wie Menschen, die sich durch Selbstbeobachtung quälen, meist kranke Menschen sind, so pflegen auch Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigten Anlass haben, kranke Wissenschaften zu sein; der gesunde Mensch und die gesunde Wissenschaft pflegen nicht viel von sich selbst zu wissen.*»). Traducción libre. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 11ª edición. Stuttgart: K.F. Koehler Verlag, 1964, p. 250.

5 En materia de derechos humanos, para más allá de los propios principios, valores y garantías expresados en la Constitución Federal de 1988, se destaca la importancia de la incorporación en el ordenamiento jurídico brasileño de diversos documentos internacionales que implican una sensible ganancia en el proceso de su evolución histórica y protección, fundamentalmente, para lo que nos interesa, frente a la intervención penal del Estado. Así, junto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948, se destaca en Brasil la ratificación: de la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura (del 20 de julio de 1989); de la Convención contra la Tortura y otros Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes (del 28 de setiembre de 1989); del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (del 24 de enero de 1992); del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (del 24 de enero de 1992); de la Convención Americana de Derechos Humanos (del 25 de setiembre de 1992); del Protocolo a la Convención Americana referente a la Abolición de la Pena de Muerte (del 13 de agosto de 1996); y del Protocolo a la Convención Americana referente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (del 21 de agosto de 1996). Todos estos documentos internacionales se incorporan al ordenamiento jurídico brasileño con fuerza de norma constitucional, en los términos de la Enmienda Constitucional n. 45, del 8 de diciembre de 2004.

6 En ese sentido, v. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales. En: *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; SANZ MULAS, Nieves (Coord.). Granada: Comares, 2005, p. 102.

7 Binomio denominado por Luigi FERRAJOLI de «Derecho Penal mínimo» y «Derecho Penal máximo». *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés. 5ª edición. Madrid: Trotta, 2001, p. 103 e ss.

8 En el mismo orden de ideas, v. CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 35.

de recurrir a criterios basados en personificaciones ideales, tales como la vinculación de las decisiones legislativas y judiciales en materia penal a la concepción de un «hombre medio» o de un «ciudadano normal». El problema de la generalidad de tales arquetipos está en no tomar en cuenta la diversidad de una sociedad pluralista, conduciendo a la elección de valores morales, que jamás podrían ser tomados como referencia en un contexto social integrado por sujetos autoresponsables y críticos. Por lo tanto, a pesar de que el análisis previo del modelo social constituya un elemento fundamental para las bases de la discusión racional sobre el contenido del Derecho penal, este no elimina el análisis valorativo sobre el establecimiento de dichos contenidos<sup>9</sup>.

En una sociedad que posee una Constitución democrática, será esa norma la que definirá los perfiles del acuerdo social, siempre condicionado históricamente y, por ello, susceptible de modificación. Así, las Constituciones tienden a especificar no solamente la estructura política del Estado, sino también los objetivos que se deben perseguir, exponiendo un conjunto de principios y valores superiores a inspirar la actuación de los poderes públicos. Este cuadro axiológico que informa al Estado y que en el caso brasileño lo caracteriza como Democrático de Derecho, se exterioriza en los derechos y garantías individuales. Estos establecen una relación especial entre el Poder y el Derecho, de manera que su ejercicio esté siempre dirigido al individuo, trascendiendo a la mera tarea de control o mantenimiento del orden público.

En ese contexto normativo, el Derecho Penal, como subsistema del sistema de control social, está naturalmente subordinado a la carga valorativa que conforman todos los otros subsistemas de control y, así, al propio modelo de Estado. Esa constatación impide que se atribuya al Derecho Penal la consecución de objetivos irreales, como agente político de transformación social. Al contrario, el Derecho Penal debe tener bien delimitado su ámbito de protección, que evidentemente,

tendrá que ser reducido, en razón de su consideración como el último recurso del Estado en los casos en los que se revele imprescindible para el mantenimiento del orden social<sup>10</sup>. El sistema de Derecho Penal debe ser examinado, frente al reconocimiento y protección de los derechos humanos, bajo esa perspectiva subsidiaria y fragmentaria.

## II. Derechos humanos en el ámbito del Estado Democrático de Derecho: la persona como destinataria de las normas jurídicas

El modelo de sociedad conforma el campo de intervención jurídico-penal. Así, la idea que se tenga sobre la configuración de la sociedad influye, de forma implícita o explícita, en la esencia contenida que se dé al delito en los diversos sistemas dogmáticos<sup>11</sup>, así como también condiciona directamente la forma de represión por el Estado. A partir de esa constatación, se verifica la necesaria influencia de los valores político-criminales en la elaboración y en la aplicación del Derecho Penal. Si, según lo expuesto por Franz Von Liszt<sup>12</sup>, el Derecho existe para la defensa de los intereses de la vida humana, la norma penal no podría tener otro objetivo que el cumplimiento de los fines de la persona en el ámbito de la realidad social.

De este modo, el análisis del contenido de un determinado modelo de intervención penal no tiene que establecerse a partir de la norma en sí misma, sino antes, es decir, en el momento de la orientación de la misma por medio de la política criminal<sup>13</sup>. Y aunque, en gran medida por influencia alemana, se pueda admitir la carencia de sistematicidad en esta materia, especialmente a partir del positivismo de Karl Binding, es justamente en el ámbito germánico en el que renace una especial preocupación dirigida a la política criminal. Esta vuelta tiene lugar especialmente con ocasión del Proyecto Alternativo del Código Penal de 1966, al enfatizarse cuestiones relacionadas con la legitimidad y los fines del Derecho Penal<sup>14</sup>.

9 En el mismo orden de ideas, v. Díez RIPOLLÉS, José Luis. *Política criminal y derecho penal. Estudios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 31-32.

10 V. Díez RIPOLLÉS, José Luis. *Política criminal...*, cit., p. 14-15.

11 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Sobre el derecho penal y su racionalidad. En: *Teoría de sistemas y derecho penal*. Carlos Gómez-Jara Díez (Coord.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 358.

12 LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Trad. da 20ª. edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. T. II, 4ª. edición. Madrid: Editorial Réus, 2007, p. 6-9.

13 La política criminal es conceptualizada por Franz von LISZT como el «conjunto sistemático de principios basados en la investigación científica de las causas del crimen y las consecuencias de la pena, según los cuales el Estado, por medio de la pena y mecanismos a ella análogos (casas correccionales, educacionales, etc.), debe conducir lucha contra el crimen.» *Tratado de derecho penal...*, cit., n. 109.

14 Lo que se denominó «retorno a Franz von LISZT».

De hecho, se toma como punto de partida las construcciones de Von Liszt, al pasar a recibir una creciente importancia la relación de la política criminal con la dogmática penal<sup>15</sup>, y adquirir cada vez más fuerza la articulación o colaboración entre ambos ámbitos, según un modelo de sistema abierto, conforme lo expone Roxin<sup>16</sup>. En esta línea se llega a concepciones que consideran la política criminal como trascendente a la propia dogmática, de tal forma que determina su contenido, en un contexto teleológico-racional. Actualmente, se puede conceptuar la política criminal de forma amplia, como el conjunto de los procedimientos por los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal<sup>17</sup>.

El criterio político-criminal fundamental, en el ámbito de un Estado Democrático de Derecho de carácter personalista, es sin duda la garantía de los derechos humanos<sup>18</sup>. Aceptado ese presupuesto político-ideológico y tomado el Estado como instrumento al servicio de los individuos, la actividad político-criminal deberá estar necesariamente orientada a la búsqueda de la protección de los derechos fundamentales, incluso en la esfera penal<sup>19</sup>.

Se constata entonces, que el reconocimiento y la protección de los derechos humanos están en la base de las Constituciones democráticas modernas<sup>20</sup>. Sirve para definir una dimensión substancial no sólo del Derecho, sino también de la propia democracia, bajo diversas perspectivas, por un lado, en la vertiente negativa, los derechos humanos no pueden sufrir violación de ninguna mayoría o inclusive de la unanimidad social; por otro lado, tales derechos generan vínculos positivos en

el sentido de su satisfacción, a los que ninguna mayoría puede renunciar o dejar de cumplir<sup>21</sup>. A partir de la constatación de la medida de la observancia de esos vínculos, la práctica en materia de derechos humanos se revela como un importante factor para determinar el nivel de desarrollo de un Estado, y el nivel de desarrollo de un Estado permite explicar en parte el tratamiento que se le confiere a los derechos humanos<sup>22</sup>.

Es evidente que el Estado Democrático de Derecho constituye, por su propia naturaleza, un ordenamiento imperfecto, resultando impensable la absoluta armonía de intereses y valores en los diversos niveles del sistema<sup>23</sup>. Más aún, esa aparente imperfección constituye el gran mérito de los ordenamientos jurídicos democráticos, toda vez que la total ausencia de antinomias apenas sería posible si no se incorporase a las normas un vínculo substancial, como ocurre en el Estado Absoluto, en donde ellas existen y poseen validez porque son producidas dentro de las formas establecidas.

Resulta entonces, una misión fundamental del Estado trabajar con las antinomias existentes en materia de derechos fundamentales, y sopesar los intereses en conflicto en un contexto pluralista, sin perder jamás el punto de vista de la protección de los derechos individuales. Así, la comprensión de la sociedad presupone el reconocimiento de su base, o sea, el respeto a los individuos que la componen, en contraposición a la tradicional concepción organicista, según la cual la colectividad está situada como un todo, antes que sus miembros individualmente considerados<sup>24</sup> y estos solo tienen valor en cuanto integrantes de una determinada comunidad. Esa comprensión del sentido social a partir

15 Franz von LISZT utiliza la expresión «ciencia conjunta del Derecho Penal» (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) para reunir bajo el mismo concepto la dogmática, la política criminal y la criminología. *Tratado de derecho penal...*, cit., n. 109.

16 ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. También Antonio Luis Chaves CAMARGO. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 194.

17 DELMAS-MARTY, Mireille. *Los grandes sistemas de política criminal...*, cit., p. 03. De acuerdo a lo entendido por Feuerbach, la política criminal representaba el conjunto de los procedimientos represivos por los cuales el Estado reacciona en contra del crimen, siendo sinónimo de teoría y práctica del sistema penal. En la actualidad, sin embargo, la política criminal se diferencia del Derecho Penal, de la criminología y de la sociología criminal y adquiere significación autónoma. En ese contexto, Marc Ancel señala, en cuanto a la fundación de los *Archives de politique criminelle*, la necesidad de no reducir la política criminal al Derecho Penal. Ídem, *ibídem*, p. 03-04.

18 BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Derechos humanos y derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, Santiago de Compostela, 1987, p. 32.

19 Ídem, *ibídem*, p. 33.

20 BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Trad. Rafael de Asís Roig. Madrid: Editorial Sistema, 1991, p. 14 e ss.

21 En el mismo orden de ideas, v. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. 5ª. ed. Madrid: Trotta, 2006, p. 23-24.

22 GARDELLA, Juan Carlos. Derechos humanos, desarrollo y violencia en América Latina y Caribe. En: *La violencia en la sociedad actual*. BARBERO SANTOS, Marino (coord.). Madrid: Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1982, p. 82.

23 Luigi FERRAJOLI llega a la misma conclusión sobre la necesaria existencia de antinomias en materia de derechos fundamentales. *Derechos y garantías...*, cit., p. 24.

24 Así mismo, v. BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos...*, cit., p. 17.

de los propios individuos que lo componen hace posible la aplicación del Derecho más allá del cumplimiento de requisitos meramente funcionales correspondientes a una sociedad compleja, como forma de satisfacer las condiciones de una integración que, en las palabras de Habermas, en última instancia se efectúa por medio de las operaciones de entendimiento intersubjetivo de sujetos que actúan comunicativamente<sup>25</sup>.

Se debe establecer, desde esa perspectiva, el concepto de persona como destinataria de la norma jurídico-penal. A partir de una de las vertientes del comunitarismo político, concepción resurgida en los últimos años como reacción frente a las tendencias liberales, en especial al neocontractualismo. Según estas corrientes, se afirma críticamente que el individualismo en el que se apoya la postura liberal presenta una noción atomística del sujeto, separado de los vínculos sociales y valorativos en los cuales está naturalmente inmerso<sup>26</sup>. Se acentúa de ese modo, la necesidad de considerar los vínculos comunitarios establecidos por la persona a través de la participación democrática<sup>27</sup>. En ese sentido parece establecerse el concepto de Habermas acerca del mundo de vida (*Lebenswelt*), que articulado en términos de la teoría de la comunicación, rompe con el concepto de la sociedad como un todo compuesto de partes<sup>28</sup>.

Así, la persona, vista como destinataria y fundamento de la norma jurídico-penal, debe ser entendida en su dimensión concreta y comunicativa, a partir de su capacidad de relacionarse socialmente, con el fin de alcanzar su libre desarrollo. Esa concepción impide que el individuo sea considerado objeto de la norma o de la política pública del Estado, reconociéndose su condición de sujeto en el contexto social. A partir de ese entendimiento, se muestra ilegítima la adopción de

modelos de intervención penal fundados en una visión apriorística de la persona, justamente porque en cualquier caso no respeta su autonomía, considerada en sentido social.

En este sentido, es interesante observar, que la referida concepción de persona como destinataria de la norma mantiene aún la legitimidad de las formas de intervención penal en la línea paternalista, representadas por la tutela autoritaria de situaciones en razón de un supuesto interés de los individuos concretamente involucrados y pese a que, a decir verdad, no se verifique una violación relevante de un bien jurídico<sup>29</sup>.

Sin embargo, se debe subrayar que aunque tal concepto de persona sea congruente con un Estado Democrático de Derecho, la propia dinámica del intervencionismo que caracteriza al referido modelo político implica el riesgo de comprometer su efectiva protección en la esfera penal. De hecho, en la actualidad se cuestiona si la protección de los derechos fundamentales del responsable del delito es compatible con la concepción dominante del Estado, de carácter intervencionista, orientado a la tutela efectiva de los derechos de toda la sociedad.

A decir verdad, la admisión de un modelo de Estado dirigido hacia la búsqueda del bienestar material de los ciudadanos no obliga a postular como deseable un intervencionismo penal que restrinja la libertad de la persona más allá de lo imprescindible para su propia protección. De esa forma, la Constitución, al establecer valores, intereses y garantías fundamentales, no está dirigida en primer término a la regulación del comportamiento de los ciudadanos entre ellos mismos sino al reconocimiento de limitaciones fundamentales al ejercicio del poder político del Estado<sup>30</sup>. La referencia

25 HABERMAS, Jürgen. *Faticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª. edición. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005, p. 148.

26 ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 168.

27 ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal...*, cit., p. 167.

28 «El mundo de vida está formado por una red de acciones comunicativas, ramificada en el espacio o espacios sociales y en el tiempo o tiempos históricos; y esas acciones se nutren de las fuentes que representan las tradiciones culturales y las órdenes legítimas, no menos de lo que dependen de las identidades de los individuos socializados. Así, el mundo de vida no es una organización en gran formato a la que pertenecen miembros, no es un ente colectivo o asociación que se compone de miembros. Los individuos socializados no podrían afirmarse en absoluto como sujetos si no encontrasen apoyo en las relaciones de reconocimiento recíproco, articuladas en tradiciones culturales y estabilizadas en órdenes legítimas, y vice-versa.» HABERMAS, Jürgen. *Faticidad y validez...*, cit., p. 145-146.

29 Se puede mencionar como ejemplos de paternalismo aquellas legislaciones que conceden relevancia penal a las autolesiones o a las situaciones en que se recurre al Derecho penal pese a que se trate de actos de disposición del bien jurídico individual por parte de su titular, haciéndose evidente en esos casos el interés autoritario del Estado que pretende sobreponerse a la propia autonomía del individuo.

30 En el mismo orden de ideas, v. MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: editorial Ariel, 1994, p. 163

expresa a derechos y bienes en el texto constitucional tiene, por lo tanto, como objetivo primordial su fijación como límite a ser respetado por el poder público, no siendo posible transportarlos automáticamente a la esfera penal para crear tipos o mecanismos de imputación que alcancen excesivamente los propios derechos fundamentales del responsable del delito.

La conexión entre intervención jurídica estatal y derechos humanos debe ocurrir, por lo tanto, de forma que el Derecho Penal no derive ni de una interpretación moral de los derechos fundamentales ni de una lectura ética de la soberanía popular. La persona como destinataria de la norma penal ha de ser respetada y reconocida antes de cualquier otro valor o interés, no por que corresponda como parte de la colectividad, sino por su dignidad, materializada en la autonomía dirigida en la búsqueda del libre desarrollo en el ámbito de las relaciones sociales de las que participa.

### III. Supuesta crisis de eficacia del Derecho Penal: propuestas de expansión

Es frecuente destacar la constante presencia de temas propios del Derecho Penal en los medios de comunicación y en los debates sociales en general. Ese protagonismo de la justicia penal no es un fenómeno transitorio, sino que, por el contrario, presenta causas más profundas. De hecho, en el ámbito de una sociedad con escasas alternativas ideológicas, la ausencia de propuestas de transformación efectiva está compensada por la reflexión superficial sobre conflictos valorativos de ámbito limitado o concreto, que no implican el cuestionamiento de su estructura social básica<sup>31</sup>. El Derecho Penal se revela así como tema atractivo, incluso debido a su efecto simbólico, substituyéndose aparentemente a las políticas públicas deficientes del Estado<sup>32</sup>.

En ese orden de ideas, se ha afirmado que la legislación penal que se produjo en las dos últimas décadas en

América Latina y específicamente en Brasil representa uno de los más tristes capítulos en la historia del Derecho. A partir de un populismo irracional, los agentes políticos han provocado un caos legislativo que, lejos de estar orientado por un autoritarismo ideológico —como el fascista o el nacionalsocialista o coyuntural como el derivado de regímenes militares—, halla su origen en discursos vacíos, que incorporan un carácter supuestamente moral<sup>33</sup>.

Se constata entonces, que la crisis del Derecho Penal en el ámbito de la complejidad de la sociedad contemporánea se refleja antes que nada en su capacidad reguladora. La multiplicidad de las funciones exigidas al Estado, la inflación legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistémicos de naturaleza económica, tecnológica o política, y por otra parte la ineficacia de los controles y las amplias márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos, generan una creciente incoherencia y pérdida de confianza en la razón jurídica. Esto trae como consecuencia un debilitamiento de la función normativa del Derecho Penal y en particular la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y por lo tanto de garantía de los derechos fundamentales<sup>34</sup>.

En ese contexto surge la expresión *Derecho Penal moderno*, utilizada con diversos significados. Hassemmer<sup>35</sup> la emplea en contraposición a la concepción de un Derecho Penal liberal, refiriéndose de forma crítica al fenómeno de expansión de la intervención penal que lleva a una perversión del concepto de bien jurídico, ahora convertido en criterio positivo de justificación. En esa acepción, la intervención jurídico-penal ganaría perfiles de instrumento de pedagogía social, con el fin de sensibilizar la sociedad sobre determinados temas, por medio de la anticipación de la tutela y de la absolutización de la orientación a las consecuencias.

31 V. en este sentido DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política criminal...*, cit., p. 41.

32 La misma crítica la hace Lothar KUHLEN, quien afirma «La nueva y sistemáticamente desacertada legislación penal se atribuye, por un lado, a un carácter simbólico-engañoso; por el otro y en incremento, a un populismo de la política criminal que invade los partidos políticos, haciéndolos tomar decisiones político-criminalmente irracionales, atendiendo simplemente al sentido de los votos.» La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. (comentario) En: La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio. ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. De la versión alemana). Muñoz Conde, Francisco (Coord. De la versión española). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 76.

33 Del mismo modo, observa de forma contundente Eugenio Raúl ZAFFARONI: «*El signo de la legislación autoritaria cool de nuestros días es la opacidad, la tristeza, la depresión, la mediocridad, la falta de creatividad, la superficialidad, la irrespetuosidad al ciudadano: es simplemente la decadencia. No existe en ella la frontalidad de la perversión brillante del autoritarismo ideológico, sino la opacidad frontal de la ausencia de ideas: es absolutamente cool.*» *El enemigo en el derecho penal* Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 78.

34 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* cit., p. 16 e ss.

35 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Viejo y nuevo derecho penal. En: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 22 e ss.

Por otra parte, hay diversos autores que trabajan con una concepción de Derecho Penal moderno vinculada a la propia evolución del Estado, sin un sentido necesariamente negativo o crítico. Así, de los delitos de lesión se pasa a la anticipación de tutela en situaciones de peligro; de los delitos patrimoniales y de la llamada criminalidad común se pasa a la criminalización de actividades ilícitas de las clases media y alta (los denominados *white collar crimes*), promoviéndose la intervención en sectores que tradicionalmente permanecían al margen del Derecho Penal; de la idea de culpabilidad, se pasa a la concepción de gestión del riesgo, a partir del principio de la precaución, haciendo frente sobre todo a las nuevas formas de amenaza a bienes jurídicos supra-individuales<sup>36</sup>.

En esta línea emergen diversas propuestas con el intento de abarcar las interrogantes traídas por la sociedad contemporánea, en el marco de un Derecho Penal secundario (*Nebenstrafrecht*), asentado sobre la idea de diferentes velocidades. Según esa concepción, al lado del Derecho Penal de primera velocidad —representado por la intervención penal clásica, que impone penas privativas de libertad por medio de exigencias rigurosas de imputación y de respeto a los derechos individuales y de mantenimiento de garantías procesales— habría un Derecho Penal de segunda velocidad, compuesto por los delitos característicos del proceso de modernización de la sociedad globalizada. En ese segundo modelo, se aplicarían otros tipos de sanción penal, diferentes a la pena privativa de la libertad, permitiendo en consecuencia, un menor rigor de los presupuestos clásicos de imputación de responsabilidad y admitiendo la flexibilización de los derechos individuales y de las garantías procesales propias del Derecho Penal liberal<sup>37</sup>.

La idea de admitir diferentes velocidades o sectores en el Derecho Penal conduce a cuestionamientos

importantes, fundamentalmente relacionados con la propia legitimidad de tal modelo de intervención jurídica. En ese sentido, ante todo sería difícil evitar que la informalización y la flexibilización presente en los nuevos ámbitos, pudiera llegar a contagiarse a todo el sistema, acabando por aplicarse también al denominado sector nuclear del Derecho Penal<sup>38</sup>.

Más allá de las críticas lanzadas al Derecho Penal de segunda velocidad, se discute actualmente si es admisible una tercera velocidad, caracterizada por responder a la emergencia y ser aplicable a situaciones excepcionales, imponiéndose la pena privativa de la libertad sin la observancia estricta de las garantías político-criminales, procesales y de imputación<sup>39</sup>. Este Derecho penal de tercera velocidad lleva al extremo la posibilidad de flexibilización o disminución de los derechos individuales fundamentales.

Esta misma discusión se desarrolla, dentro de la doctrina alemana, en relación con la legitimidad del denominado Derecho Penal del enemigo (*Feindstrafrecht*). Esta expresión fue creada por Jakobs para designar un modelo de intervención que pretende optimizar la protección de bienes jurídicos por medio de la anticipación de la tutela penal. En éste ámbito estarían incluidos delitos que niegan frontalmente los principios básicos del modelo de convivencia social, como los crímenes de Estado y aquellos practicados por organizaciones criminales cuyas dificultades para la persecución y prueba justificarían la relativización de las garantías materiales y procesales. Del mismo modo, el Derecho Penal del enemigo podría ser aplicado a los delitos sexuales violentos, en cuanto el modelo de intervención tradicional no está preparado para enfrentar delinquentes muy peligrosos, revelándose con lo que se exterioriza nítidamente un retorno a la idea de la inocuidad<sup>40</sup>.

36 V. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Antropos, 2005, p. 399. Respecto de esa concepción de Derecho Penal, v. SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. In SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 53 e ss. E inclusive, GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 48 e ss., e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

37 Defendiendo un Derecho Penal de segunda velocidad, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal...*, cit., p. 151.

38 Idéntica crítica la hace MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 184.

39 V. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión...*, ob. cit., p. 163 e ss.

40 La idea de Derechos Penales diversos no es nueva, encontrando también en el pasado su fundamentación doctrinal. En este sentido, se tiene en el contexto nacional-socialista-alemán el ejemplo de Edmund Mezger, quien, manifestándose acerca de un Proyecto de Ley para el tratamiento de los denominados extraños a la comunidad, defendió la idea de dos modelos de intervención penal, siendo el primero dirigido a la generalidad de los agentes y el segundo destinado a un grupo determinado de individuos, como los delinquentes por tendencia. Francisco Muñoz Conde asevera, sin embargo, que la distinción hecha por Mezger estaba orientada por un régimen político autoritario, siendo las actuales propuestas de expansión del Derecho Penal mucho más difíciles de ser explicadas, en el ámbito de un Estado

Según las tesis de Jakobs, a partir de una concepción sociológica referida a expectativas normativas, el Derecho Penal conoce dos polos o tendencias en sus regulaciones. Por un lado, está el trato conferido al ciudadano que delinque, esperando que exteriorice su conducta para reaccionar, con la finalidad de confirmar la estructura normativa de la sociedad. Por otro lado, entiende que el enemigo se hace acreedor de un trato diferenciado, pues se le debe combatir anticipadamente por su peligrosidad, materializada en la infidelidad al sistema normativo. Por lo tanto el Estado puede ver a los delincuentes como personas que simplemente delinquen, o individuos a los que, mediante coacción, se debe impedir destruir el ordenamiento jurídico<sup>41</sup>.

La negación jurídica de la condición de persona al enemigo se origina en el Derecho Romano<sup>42</sup>, y fue trabajada por la teoría política de Carl Schmitt, en 1927, en la obra *La categoría del político*. La función de la política, en éste contexto de antagonismo, tendría como contenido actividades para agregar y defender a los amigos y acciones encaminadas a desagregar y combatir a los enemigos. En esa perspectiva, se plasma en el ámbito político el rasgo característico del conflicto, pues cualquier divergencia de intereses puede transformarse en rivalidad entre individuos o grupos sociales.

Y el grado más alto de conflicto político ocurre cuando el recurso a la fuerza debe ser empleado: la guerra, el combate al enemigo que, conforme apunta Schmitt, puede ser externa o interna<sup>43</sup>.

Es interesante notar que Jakobs admite paradójicamente que el modelo penal propuesto no es apto para determinar una disminución inmediata del número de enemigos, siendo por el contrario probable, que implique su aumento. Así, la sociedad seguiría teniendo enemigos, más o menos visibles. Por ello, la seguridad cognitiva, que en el Derecho Penal de los ciudadanos puede sobrevivir al mismo tiempo de un modo incidental, tendría que tener al Derecho Penal del enemigo como su objetivo principal<sup>44</sup>.

Esa lógica del enemigo parece estar presente actualmente en diversos ordenamientos jurídicos<sup>45</sup>, como el alemán, el norteamericano, el español (en estos dos fundamentalmente, en lo que respecta a la represión al terrorismo y al crimen organizado) y los latinoamericanos, como es el caso de Brasil. De hecho, en el ámbito de América Latina se puede afirmar que la intervención jurídico-penal se manifiesta a través de medidas de detención dirigidas a individuos sospechosos, a partir de la presunción de su peligrosidad. Eso justifica el crecimiento vertiginoso de la población carcelaria, a la que, de hecho, en la mayoría de los casos se le impone

---

Democrático de Derecho, en el que no se puede legítimamente distinguir entre ciudadanos, como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica. MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. En: *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. CAMPO MORENO, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 38-39.

41 JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo. Nociones y críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37-42.

42 El concepto de enemigo tiene origen en la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*. «El "*nimicus*" era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político era el "*hostis*", respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El extranjero, el extraño, el enemigo, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba fuera de la comunidad. La palabra "*hostis*" proviene de la raíz sánscrita "*ghas-*", que alude a "comer", lo que explica su origen común con *hostería*. "*Hostire*" también significa matar y "*hostia*" tiene el sentido de víctima. La pena máxima en muchas sociedades era la expulsión de la comunidad, el exilio, la pérdida de la paz (*die Friedlosigkeit*), justamente porque dejaba al sujeto en la situación de extranjero, extraño, enemigo, privado de todo derecho.» ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal...*, cit., p. 22 e ss.

43 En éste orden de ideas, v. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal...*, cit., p. 22-23.

44 Véase el autoritarismo y la intolerancia implícitamente presentes en la obra del autor, cuando afirma: «Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del Derecho o, al menos, más que las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes. A esto se añade el poder detonante de la llamada pluralidad cultural. Un completo absurdo: o las diferentes culturas son meros añadidos a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multifolclore de una cultura; o bien —y esa es la variante peligrosa— las diferencias forjan la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos junto a los otros y, como cualquier instrumento, es abandonado cuando ya no se necesita más.» JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Trad. y recopilación, Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas, 2004, p. 45.

45 De notarse, a título ilustrativo, el establecimiento de aplicación de medidas de seguridad a individuos imputables, en razón de su peligrosidad social, como en los casos de autores de crímenes sexuales, conforme se verifica en los modelos norteamericano, alemán y que es actualmente objeto de diversos proyectos de ley en trámite ante el Congreso Nacional brasileño.

materialmente penas sin una correspondiente decisión condenatoria formal.

En esa línea, conforme expone Zaffaroni, aproximadamente tres cuartos de los presos en América Latina están sometidos a medidas preventivas de detención. De esos presos, sólo uno de cada cuatro es condenado formalmente y se le hace cumplir el resto de la pena. En la mitad de los casos, se constata que el condenado realizó un hecho delictivo, pero, sin embargo, se considera que ya cumplió la pena durante el tiempo de prisión preventiva. Finalmente, en la cuarta parte restante de los casos, no se comprueba la práctica de delito alguno, por lo que se libera al individuo sin la imposición formal de cualquier pena<sup>46</sup>.

Bajo otro prisma, es interesante señalar que las dificultades para afrontar teóricamente las diversas cuestiones, traídas por las propuestas de expansión del Derecho Penal, adquieren una mayor complejidad cuando se analizan hipótesis concretas provenientes de ámbitos muy determinados, como son los casos de terrorismo y de crimen organizado. En estos supuestos, se discute cerca de la posibilidad de la flexibilización o alejamiento de derechos individuales para salvaguarda de la seguridad colectiva. A título de ejemplo, son emblemáticos, los denominados *ticking time bomb cases*, que aparentemente hacen surgir la duda sobre la posibilidad de relativizar la prohibición de la tortura por el Estado cuando esté en juego la protección de terceros<sup>47</sup>.

A decir verdad, se observa que los modelos penales de seguridad que caracterizan la expansión del Derecho Penal<sup>48</sup> se valen del debate sobre los nuevos riesgos sociales y de las propuestas que abogan por una modernización de la intervención penal. Ese hecho, por más

reprobable que sea, acaba por condicionar inevitablemente el futuro del discurso modernizador, que no puede ignorarlo y actuar como si no existiera<sup>49</sup>. Las presiones sufridas por el Derecho Penal sobrevienen, por lo tanto, de la nueva función que se le pretende conferir como resultado de las modernas teorías de los fines de la pena, ahora ya no vista más en el sentido retributivo, sino en una vertiente preventiva. Al convertirse la prevención en tarea del Derecho Penal, la sociedad pasa a esperar que ese mecanismo de intervención pueda ofrecer alguna seguridad<sup>50</sup>. El equívoco aquí está en pretender aplicar la lógica preventiva sin tomar en consideración su límite, constituido por el propio individuo, y que se plasma en la necesaria proporcionalidad entre la pena y el delito cometido.

La referida racionalidad pragmática, que pretende la eficacia del Derecho Penal sobre otra consideración cualquiera, persigue la protección de la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del sistema<sup>51</sup>, asumiendo invariablemente un contenido clasista. Las diferencias de tratamiento impuestas a sectores sociales distintos<sup>52</sup>, sin ningún contenido teleológico, son ideológicamente intolerables en el ámbito de un Estado Democrático de Derecho.

Se debe tener claro el peligro de caer en la tentación de la «cultura de emergencia», a partir de la cual en el Derecho penal la noción de seguridad es substituida por la idea de eficiencia. De hecho, la experiencia demuestra que la creación de una legislación excepcional para una situación que se define como extraordinaria acaba por convertirse en el modelo de legislación ordinaria, alcanzando definitivamente los principios básicos de convivencia social en un Estado Democrático de

46 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal...*, cit., p. 69.

47 La mencionada discusión se inició en la Alemania en ocasión del caso Metzler-Gâfgen-Daschner y en los EUA después del atentado contra las torres gemelas en setiembre de 2001. Sobre las dificultades teóricas acerca de la protección de los derechos individuales en los *ticking time bomb cases*, v. GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. Las reglas por detrás de la excepción: reflexiones sobre la tortura en los llamados «casos de bomba-reloj» y comentario. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, año 17, n. 78, mayo-junio de 2009, p. 18.

48 Ese denominado Derecho Penal de seguridad es dotado de las siguientes características fundamentales: *i.* protagonismo de la delincuencia clásica; *ii.* prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad; *iii.* valorización o prevalencia de los intereses de la víctima; *iv.* populismo y politización; *v.* revalorización del componente afflictivo de la pena; *vi.* retorno a la pena privativa de la libertad como principal sanción; *vii.* Ausencia de temor social ante el amplio poder sancionador estatal. DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada...*, cit., p. 70 e ss.

49 DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada...*, cit., p. 195.

50 HASSEMER, Winfried. Seguridad por intermedio del derecho penal. En: *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora Marie del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 29.

51 La misma crítica es hecha por CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En: *La política criminal en Europa*. GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), p. 37 e ss.

52 En el mismo sentido, v. José Luis DíEZ RIPOLLÉS. *La política criminal en la encrucijada...*, cit., p. 190. El autor observa que la adopción de un Derecho Penal de seguridad «lleva a cabo un prejuicioso análisis de lo perjudicial de los comportamientos a considerar, en virtud del cual convierte a la criminalidad común en factor desestabilizador del orden político y social de primer orden, haciéndola, consecuentemente, el objeto central de la intervención penal.» Ídem, p. 191.

Derecho<sup>53</sup>. Es necesario observar, en ese sentido, que una pretendida alteración de las bases liberales de la intervención penal, con el fin de alcanzar una mayor eficacia, lleva justamente al efecto inverso, es decir, a una crisis de legitimidad de mayor entidad. La desnaturalización de la función del Derecho Penal como instrumento subsidiario de tutela de bienes jurídico-penales, además de no traer consigo ningún resultado positivo en la lucha contra la criminalidad susceptible de comprobación, le hace perder definitivamente su autoridad y credibilidad social, pues convierte al ordenamiento punitivo en simple instrumento de política con función promocional y simbólica, despojado de valoración relevante.

#### IV. Política criminal y derechos humanos

Prohibir y sancionar, por medio de la pena, es un hecho político, es decir, un medio público para la comprensión normativa tanto de los intereses sociales fundamentales, como de la frontera de las libertades individuales<sup>54</sup>. Así, el núcleo político fundamental que trae consigo la norma penal lo constituye tradicionalmente el bien jurídico por ella tutelado, representativo de su componente teleológico (el «para que»), que la mantiene vinculada a las valoraciones efectuadas en el proceso de su elaboración legislativa.

A pesar de ser fruto de una decisión política, la norma se convierte en ente autónomo, a partir del principio de legalidad. De ese modo, cuando los componentes que le dan sentido, comenzando por la propia definición del bien jurídico tutelado, sean mal traducidos en la formu-

lación legal, ya no podrán ser sustituidos mediante el recurso a la decisión política<sup>55</sup>.

Se observa, sin embargo, que el contenido de los tipos penales va más allá de la mera descripción lingüística efectuada por el legislador, pues presentan elementos semánticos y valorativos que exigen del intérprete la utilización de un sistema abierto, que entrelace dogmática y política criminal, que permita establecer con claridad el ámbito de protección normativa. En ese contexto, los principios de política criminal representan herramientas fundamentales para combatir una intervención autoritaria del Estado<sup>56</sup>.

Dentro de tales principios merece ser destacado el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos<sup>57</sup>, que establece la prohibición de establecer penas a comportamientos que no tengan como fundamento la afectación de un valor o interés de especial relevancia social (límite material de criminalización). La protección de derechos subjetivos ya era el límite racional señalado por la Ilustración, al cual se añadió la idea de lesividad. Así, la utilización de la amenaza penal frente a un comportamiento humano es ilegítima sino se fundamenta en la protección de un bien jurídico, al que lesiona o pone en peligro<sup>58</sup>. El principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos es apto, así, para representar la política criminal en su principal campo de influencia, haciéndose más rico en consecuencias en la medida en que se determine con más exactitud el contenido de dichos bienes jurídicos<sup>59</sup>.

El concepto de bien jurídico goza, sin embargo, de una notoria falta de unidad en la actualidad. La inte-

53 En ese mismo sentido, MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2ª. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997, y RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal...*, cit., p. 409 e ss.

54 HASSEMER, Winfried. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. de la versión alemana). Muñoz Conde, Francisco (Coord. de la versión española). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 24.

55 En este orden de ideas, v. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1983, p. 154.

56 Fueron tal vez los autores italianos los que influyeron directamente más en el establecimiento de principios limitadores que conforman una política criminal democrática, de índole garantista o minimalista, a partir de los propios valores plasmados en la Constitución. Véase a ese respecto la obra de Luigi Ferrajoli (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*) y la de Alessandro Baratta (*Principi del diritto penale minimo per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale y La política criminal y el derecho penal de la constitución*).

57 Se observa, sin embargo, que la teoría del bien jurídico como criterio de legitimidad de la intervención penal es actualmente blanco de innumerables críticas, a causa de sus dificultades para la justificación y delimitación de la criminalización de innumerables comportamientos, muchos de los cuales relacionados a los riesgos presentes en la sociedad contemporánea. En este sentido, v. HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

58 De acuerdo a HASSEMER, Winfried. Historia de las ideas penales en la Alemania de la posguerra. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano, n. 6, p. 52.

59 Ídem, ibídem, p. 52.

rrogante fundamental consiste, por lo tanto, en saber cuáles son las condiciones que permiten la intervención penal sobre la libertad de acción del individuo. El problema se vincula a la posibilidad de utilizar el Derecho Penal únicamente con la finalidad de impedir comportamientos socialmente lesivos a valores sociales fundamentales, excluyendo de la intervención estatal las conductas de transcendencia meramente ética o moral<sup>60</sup>.

Como consecuencia del principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos y de la necesidad de su lesión o amenaza para justificar la intervención jurídico-penal, también se discuten, en el actual contexto expansivo del Derecho Penal, los límites de la referida ofensa, sobre todo en los delitos de peligro y, de forma muy especial, en los denominados delitos por acumulación. En estos la conducta practicada por el agente, considerada aisladamente es inocua para el bien jurídico tutelado, pero se la concede relevancia jurídico-penal sobre la base de una hipótesis teórica de repetición<sup>61</sup>. Estos casos, se observa que contradicen la necesidad de la utilización del criterio de proporcionalidad como instrumento de corrección jurídica, que obliga tanto al legislador, como al intérprete de la norma penal, a no utilizar la pena frente a comportamientos en que esta no se muestra necesaria, adecuada y proporcional al ataque al bien jurídico tutelado<sup>62</sup>.

Por otro lado, el principio de legalidad aparece como la principal expresión del límite al arbitrio del poder punitivo del Estado. Aunque se encuentren antecedentes en documentos medievales y en la propia Carta Magna inglesa de 1215, la imposición de tal límite a los jueces constituyó la principal preocupación del Iluminismo, y se recoge en la Declaración de Derechos del Hombre de 1789.

Plasmado en la expresión *nullum crimen nulla pena sine lege*, obra de Anselm von Feuerbach, el principio de legalidad reduce la intervención penal a los casos de comportamientos expresamente previstos por la ley. A partir de una interpretación positivista, que tiene como objetivo atender apenas el valor de la seguridad jurídica, se podría entender la legalidad como la exigencia de disposición legal sancionada públicamente por la autoridad competente. Lejos de constituir una mera limitación formal, el principio de legalidad debe, sin embargo, alcanzar toda la política criminal, desde el momento de creación del delito y de la respectiva pena (garantía criminal y penal), hasta el momento de la aplicación de la ley al caso concreto (garantía jurisdiccional) y al de la ejecución de la pena (garantía de ejecución)<sup>63</sup>.

Frecuentemente se repite que el principio de legalidad constituye la «carta magna del delincuente», de acuerdo a la propia expresión de Von Liszt, lo que en la actualidad provoca a cuestionamientos basados en la idea de seguridad de la sociedad. De hecho, la consideración superficial de principio de legalidad como instrumento para la protección de los delincuentes distorsiona su correcto significado, generando consecuencias negativas bajo el punto de vista de los derechos fundamentales. En esa línea de razonamiento se sostiene que, si es sabido que quien se encuentra frente al Estado es un delincuente (como creían poder saber los positivistas), habría que cuestionarse la razón de tener que establecer límites a la defensa de la sociedad frente a él. En otras palabras, si el principio de legalidad es un mal necesario, dado que protege al mal (el delincuente) frente al bien (el Estado), parecería correcto que se procediera a la reducción de su alcance, como sostienen los defensores de un Derecho Penal de la seguridad<sup>64</sup>.

60 BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 239.

61 A modo de ejemplo, en relación con el delito de contaminación, previsto en el art. 54 de la Ley Federal n. 9.605/98, o con los delitos fiscales, tipificados en la Ley Federal n. 8.137/90, se puede mencionar como hipótesis de acumulabilidad a posibilitar la intervención penal la conducta del agente que verte en el medio ambiente ínfima cantidad de residuos o que deja de ingresar para el Tesoro tributo en cuantía inferior al mínimo exigible para justificar su cobro administrativo. En ambos casos, aunque el comportamiento individualmente practicado no represente ofensa mínima a los respectivos bienes jurídicos tutelados, la consideración teórica de su hipotética repetición en el ámbito social conduce a justificar la relevancia del castigo, a partir de la idea de una ofensiva por acumulación. SILVA SÁNCHEZ valora negativamente los delitos por acumulación, considerándolos lesivos a las garantías fundamentales del Derecho Penal liberal: los principios de la culpabilidad y de la proporcionalidad de las penas. Sin embargo, para el mismo autor, con quien no concordamos, los delitos por acumulación apenas se revelarían inadmisibles si fuesen sancionados con pena privativa de libertad, siendo, por lo tanto, aceptables cuando puedan ser sancionados con penas de otra naturaleza. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal...*, cit., p. 111 e ss.

62 Tratando de la proporcionalidad, v. BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales...*, cit., p. 251-252.

63 Ídem, *ibidem*, p. 374 e ss.

64 Del mismo modo, advierte BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales...*, cit., p. 234-235. Se tiene en el ordenamiento

A decir verdad, el principio de legalidad se dirige a la protección de individuos en relación a los cuales no es posible afirmar si son o no delincuentes, pues aún justamente esa es la única forma de contemplar el principio de legalidad en los que aún no fueron condenados. Se trata así, de un límite necesario, pues protege al débil (el ciudadano) frente al fuerte (el Estado), es la barrera del ciudadano frente al poder del Estado, que protege a los demás derechos. Por ello en un contexto democrático, hay que evitar que la reducción arbitraria de su alcance sea capaz de alcanzar derechos fundamentales del individuo.

Finalmente, ninguno de los principios catalogados sería concebible sin el reconocimiento del concepto del individuo y de su dignidad<sup>65</sup>. Únicamente a partir de la idea de dignidad intrínseca a toda persona —también al delincuente— como valor trascendente e informador del Estado Democrático de Derecho brasileño, puede establecerse claramente la función limitadora de los principios constitucionales sobre el poder punitivo del Estado, y fortalecer una concepción «humanizada» del Derecho Penal, inmune a la arbitrariedad y al exceso.

## V. Derechos humanos y Derecho Penal en Brasil

La Constitución Federal brasileña es considerada como garantista, por llevar a cabo un expreso reconocimiento de innumerables derechos fundamentales, lo que, por otro lado, se refuerza por el hecho de que Brasil ha ratificado diversos documentos internacionales dirigidos a la protección de los derechos humanos. A pesar de ello en los últimos años se ha seguido en el ámbito nacional una política criminal de *Law and Or-*

*der*, dirigida al combate simbólico de la criminalidad a cualquier costo. La combinación de dicho modelo de intervención penal irracional y autoritario con iniciativas liberales dirigidas a modalidades delictivas muy específicas<sup>66</sup> ha acabado por generar efectos negativos a la concepción sistémica del Derecho Penal, y así, a su propia legitimidad y credibilidad social<sup>67</sup>.

De hecho, a partir del inicio de la década de 80 del pasado siglo, la corriente político-criminal de Ley y Orden encontró soporte y fuerza expansiva frente a diversos acontecimientos ocurridos en Brasil. Entre ellos pueden desatacarse: *i.* el incremento de la criminalidad violenta dirigida a sectores sociales más privilegiados económicamente, hasta entonces inmunes a ataques agresivos (como secuestros y robos a establecimientos bancarios); *ii.* el terrorismo político e incluso el no debido a organizaciones vinculadas tanto a la izquierda política como a la extrema derecha; *iii.* el incremento del tráfico ilícito de estupefacientes; *iv.* el avance del crimen organizado, exteriorizado en la corrupción y en la impunidad; *v.* el aumento de la criminalidad común (robos, hurtos); *vi.* la percepción del fenómeno de la violencia como dato integrante de lo cotidiano; *vii.* el concepto reduccionista de violencia, haciéndolo coincidir con el de criminalidad; y *viii.* la difusión por los medios de comunicación social de un sentimiento colectivo de inseguridad, por medio de la dramatización de la violencia<sup>68</sup>.

Bajo tales influencias, el propio texto constitucional de 1988 estableció restricciones significativas a los derechos y garantías fundamentales del ciudadano en la esfera penal al establecer que «*la ley considerará cri-*

---

jurídico brasileño diversos ejemplos de flexibilización del principio de la legalidad en favor de una supuesta protección social frente al delincuente, como los tipos penales de contenido excesivamente abierto presentes en el ámbito de la tutela de las relaciones de consumo o en la esfera ambiental. También en ámbito procesal penal se nota el debilitamiento del principio de legalidad en presunto beneficio de la sociedad, como en el caso del reciente reconocimiento por parte del Tribunal Superior de Justicia de la admisión de los denominados agentes infiltrados, incluso frente a la ausencia de una disciplina jurídica de los límites de su actuación, lo que hace posible el ejercicio abusivo de esa función.

65 Tratando del concepto e importancia de la dignidad humana, v. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas...*, cit., p. 29.

66 Al lado de medidas penales de carácter punitivo, se adoptaron otras dirigidas a impedir la efectiva punición del delito, tales como el reconocimiento de la extinción de la punibilidad del agente por la recaudación del tributo, en los delitos fiscales, y el reconocimiento de los denominados delitos de pequeño (o bajo) potencial ofensivo, sujetos a reglamento propio en el ámbito de los Juzgados Especiales Criminales (Ley Federal n. 9.099/95).

67 De acuerdo a lo dicho por Alberto Silva FRANCO, se nota a inicios de los años 90 en Brasil el establecimiento de una «fábrica de producción incesante de normas penales», lo que permite decir que el país vive desde entonces una perversión del Derecho Penal. No existe un mes en el que no se formulen nuevas leyes penales, criminalizando conductas hasta entonces libres de tipificación o agravando figuras criminales preexistentes. La criminalidad pasa por un proceso explícito de politización que se somete al peso de grupos de interés o del poder de los medios, para el cual el crimen se convierte en un espectáculo rentable. *Crímenes hediondos*. 5ª. edición. São Paulo: Revista de los Tribunales, 2005, p. 84-85.

68 En ese sentido, v. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos...*, cit., p. 84-85.

*menes sin fianza y no susceptibles de gracia o amnistía la práctica de la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, el terrorismo y los definidos como crímenes atroces respondiendo por ellos los inductores, los ejecutores y los que, pudiendo evitarlos, se omitan»* (art. 5º., inciso XLIII, CF). La relación de comportamientos que incorpora la mencionada norma corresponde a figuras delictivas que tienen en común la lesión a valores e intereses de incuestionable relevancia penal. Justamente por eso, la respuesta penal frente dichos comportamientos delictivos plasma una misma política-criminal, caracterizada por su gran severidad.

Bajo el impacto de los medios de comunicación, movilizadas frente a extorsiones mediante secuestro practicadas contra individuos importantes de la elite económica y social brasileña (caso Martínez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina), el miedo difuso e irracional, acompañado de la desconfianza social en los órganos oficiales de control, actuó como un mecanismo de presión que el legislador no supo resistir. La consecuencia de esta situación fue la promulgación, a inicios de la década de 90, de la denominada Ley de los Crímenes Atroces (Ley Federal n. 8.072/90)<sup>69</sup>.

El objetivo central de la nueva disposición legal consistió en dar una respuesta estatal más rígida a los delitos considerados atroces, en la línea del encargo establecido por la Constitución Federal. La Constitución dejaba abierta la necesidad de proporcionar una definición al término «*atroz*», el legislador ordinario acudió a la vía de proceder a la mera enumeración de determinadas figuras delictivas, que recibieron, manteniendo su respectiva estructura típica, la etiqueta de crimen atroz.

Así, se etiquetaron inicialmente como atroces por la Ley Federal n. 8.072/90 los siguientes delitos: asesina-

to<sup>70</sup>; homicidio practicado en la actividad de un grupo de exterminio; robo con resultado muerte; extorsión mediante secuestro y en la forma calificada; extorsión cualificada por la muerte; violación; violación de persona particularmente vulnerable; epidemia con resultado muerte, todos ellos previstos en el Código Penal brasileño. A estos delitos añade el genocidio, tipificado en una ley especial. Además, la ley de esos delitos, establece como crímenes equiparados a los atroces, la tortura, el terrorismo y el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines. La ley impuso diversas restricciones a todos los delitos atroces y a los delitos equiparados. Entre ellas pueden mencionarse: un plazo mayor para la progresión en el régimen de cumplimiento de la pena privativa de libertad<sup>71</sup>; inicio obligatorio en régimen cerrado del cumplimiento de la privación de libertad; establecimiento de estos delitos como no susceptibles de gracia, amnistía, indulto. A todas estas restricciones se les añade el incremento de las penas respectivamente impuestas.

En el año de 1998, se promulgó la Ley Federal n.9.677/98 después de que los medios de comunicación se hicieran eco durante unos días de un caso de adulteración de medicamentos destinados al tratamiento de cáncer y otras enfermedades que causó el empeoramiento del estado de salud y la anticipación de la muerte de algunos enfermos. De acuerdo con la redacción de esta ley, calificada por Miguel Reale Júnior como «aberrante»<sup>72</sup>, pasó también a constituir crimen atroz, castigado con reclusión de 10 a 15 años, vender medicamento, cosmético o producto para higiene o limpieza en general sin registro en el órgano de control sanitario; en desacuerdo con la fórmula que conste en el registro; con reducción de su valor terapéutico o de su acción; de procedencia ignorada; o adquirido de algún estable-

<sup>69</sup> Criticando de forma contundente la Ley de los Crímenes Atroces escribe Miguel REALE JÚNIOR: «La ley de crímenes atroces, aprobada coyunturalmente, fue una respuesta penal de ocasión, para dar satisfacción frente al secuestro de Roberto Medina, sin que el legislador sopesase las supuestas ventajas en materia de ejecución de pena de las limitaciones impuestas, que quiebran el sistema del Código Penal, con la exigencia de cumplimiento integral de la pena en régimen cerrado, generándose una fiera en el medio penitenciario. Lo importante, sin embargo, es notar que en vigor la nueva ley, mucho más rigurosa, aumentaron vertiginosamente los secuestros, mostrando que no hubo ninguna correspondencia entre la gravedad de la pena y la reducción de la criminalidad.» Adelantos y retrocesos. En *Estudios jurídicos en homenaje a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Revista de los Tribunales, 1992, p. 275.

<sup>70</sup> A decir verdad, el homicidio calificado ingresó en la relación de los crímenes atroces por medio de la Ley Federal n. 8.930/94, en buena medida por influencia en los medios de comunicación, en razón de la muerte de una conocida actriz de telenovelas a manos del novio, también actor, en el año de 1994.

<sup>71</sup> Según la redacción original del art. 2º. de la Ley de los Crímenes Atroces, el cumplimiento de la pena privativa de libertad debería darse en régimen integralmente cerrado. En razón de su evidente inconstitucionalidad, por impedir al agente el cumplimiento de la pena en régimen progresivo, el referido artículo fue revocado por la Ley Federal n. 11.464/07, que permitió la progresión de régimen a los condenados por crímenes atroces, siempre que hayan cumplido 2/5 de la pena, si el penado fuese primario, y 3/5, si fuese reincidente.

<sup>72</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. La inconstitucionalidad de la ley de los remedios. *Revista dos Tribunais*, v. 763, São Paulo, 1999, p. 426.

cimiento sin licencia de la autoridad sanitaria competente.

De acuerdo con el modo de tipificación seguido por el legislador, tanto en los casos de la modalidad específica de la adulteración del medicamento o de producto equiparado, como en los demás supuestos de delitos originalmente clasificados como atroces, al aplicador del Derecho aparentemente le es indiferente comprobar si el comportamiento analizado ha lesionado efectivamente el bien jurídico tutelado, así como las circunstancias del comportamiento delictivo, pues son presu- midas en la norma. Dicha presunción impide el análisis del caso concreto a efectos de imputación y responsabilidad individual, representando un claro enfrentamiento con el principio de culpabilidad y, por tanto, con la propia Constitución Federal<sup>73</sup>. Aunque esta conclusión sea habitual dentro de la doctrina brasileña, la Ley Federal n. 8.072/90 sigue siendo aceptada por la jurisprudencia, generando efectos negativos en distintos ámbitos.

A decir verdad, la denominada Ley de los Crímenes Atroces concretizó una tendencia, ya detectada en el transcurso de los años 80 del último siglo, en el sentido de la adopción de una política represiva por parte del Estado con el objetivo de demostrar la capacidad de gobernar mediante el poder de castigo. A partir de respuestas penales cada vez más severas, de la fijación de rígidos regímenes carcelarios y del incremento de los poderes de la policía, el Estado procuró demostrar públicamente que disponía de un poder idóneo para reafirmar la fuerza de la ley, y por lo tanto, de fortalecer el mito de su soberanía<sup>74</sup>.

En ese sentido, es interesante subrayar que, mediante la utilización de los medios de comunicación social, el poder punitivo del Estado se convierte en un instrumento no despreciable de sensibilización popular, inmune a la resistencia política. De hecho, en el ámbito penal las ideologías de derecha y de izquierda acaban perdiendo sentido en cuanto a sus definiciones tradicio-

nales y comparte las mismas reglas. Así, se construye el discurso de la denominada «izquierda punitiva»<sup>75</sup>, que se adhiere a la demanda de una mayor intervención del sistema penal, a semejanza de la ideología dominante.

El análisis de los efectos de la adopción de más rigor en la represión penal por medio de la Ley de los Crímenes Atroces revela que no hubo, en la práctica, ganancias sociales sensibles. Por ello se hace evidente la necesidad de proceder a ponderar el balance entre beneficios y costes, ya que estos últimos implican una injustificada intervención sobre los derechos individuales.

Los datos estadísticos de la Secretaria de Seguridad Pública de São Paulo<sup>76</sup> revelan que entre los años de 1991 y 2003 no hubo disminución de las tasas delictivas como consecuencia de la aplicación de la etiqueta «crimen atroz» en relación a algunos tipos penales pertenecientes al ordenamiento brasileño. De hecho, tratando específicamente de los delitos de homicidio, robo seguido de muerte, extorsión mediante secuestro, extorsión, violación, atentado violento al pudor y tráfico de estupefacientes, durante este periodo se constata un aumento en el número de esos delitos<sup>77</sup>. Esta curva en explícita y continua subida revela entonces que la Ley de los Crímenes Atroces no ha tenido ningún efecto preventivo.

Por otra parte, el examen de las estadísticas correspondientes a los años que antecedieron a la Ley de los Crímenes Atroces pone en evidencia que la incidencia de determinados delitos ya era estable en aquella época. Así, el incremento del rigor punitivo del Estado se revela, por tanto, innecesario en la medida en que no sirve para incidir en señalada línea de estabilidad delictiva.

Además de no producir efectos sociales positivos, la exacerbada actividad represora del Estado ha provocado un sensible aumento de la tasa de encarcelamiento, que viene creciendo de forma sistemática sin que los establecimientos penitenciarios tengan condiciones

73 En el mismo orden de ideas, v. la crítica de Nilo BATISTA, para quien «el encargo de definir los crímenes hediondos que la Constitución impone al legislador ordinario es algo muy diferente a la voluntariosa elección de algunos tipos penales, arbitrariamente seleccionados al sabor de idiosincrasias coyunturales. El juzgador fue dispensado de la constatación de los elementos de composición conceptual, relegándolo a la sencilla tarea de observar si el tipo imputado al agente forma parte o no del rol legal.» El otro argumento sobre crímenes hediondos, En: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 347.

74 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos...*, cit., p. 636-637.

75 Para la crítica al posicionamiento de diversos sectores de izquierda en Brasil, v. KARAM, Maria Lúcia Karam. *A esquerda punitiva. Discursos Sediciosos*, v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Passos, 1996, p. 79-82.

76 São Paulo se convirtió en referencia en razón de representar una de las más violentas regiones del país. Fuente de las estadísticas: Secretaria de Seguridad Pública - SSP; Delegacia - Geral de Polícia - DGP; Departamento de Planejamento e Controle da Polícia Civil - Deplan; Centro de Análise de Dados - CAD; Fundação Seade.

77 Los mismos datos se encuentran, de forma más amplia, en la obra de Alberto Silva FRANCO. *Crimes hediondos...*, cit., p. 650 e ss.

de absorberla. En el Estado de São Paulo, a modo de ejemplo, el número de presos aumentó de alrededor de 50.000 en 1994 a 131.000 en el 2004<sup>78</sup>, como consecuencia directa del establecimiento de medidas preventivas de detención y de regímenes penitenciarios más rígidos, con posibilidades restringidas de progresión de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Si examinamos la realidad nacional de la ejecución de la pena privativa de libertad (actualmente correspondiente a casi quinientos mil individuos), nos encontramos con la existencia de un sistema caótico y sobrecargado, en el que los condenados se encuentran aglomerados con total desprecio a la dignidad humana. El sistema devuelve a los internos al medio libre, después de un proceso de plena desocialización, para que en seguida vuelvan a la cárcel, a causa de la práctica de nuevos delitos<sup>79</sup>.

Si se analiza el debate sobre el enfrentamiento entre derechos humanos y Derecho Penal en Brasil, específicamente, en el ámbito del sistema penitenciario, se observa inclusive la presencia de nuevos factores que conllevan ofensas intolerables a los derechos humanos y que por ello deben ser analizados.

Brasil se enorgullece de poseer una de las leyes más evolucionadas en materia de ejecución penal. En efecto, en consonancia con la Constitución Federal, la Ley Federal n. 7.210/84 proclama y asegura al condenado todos los derechos no restringidos por la condena o por la ley e impone a todas las autoridades el respeto a la integridad física y moral de los presos tanto de los condenados como de los preventivos. A partir de la definición en su art.1 de la finalidad de la pena como *proporcionar condiciones para la armoniosa integración social del condenado y del interno*, la Ley de Ejecución Penal brasileña adopta las reglas mínimas de la ONU, de 1955, como base para el establecimiento de los derechos y deberes del preso.

Sin embargo, de forma paralela a la calidad teórica del régimen jurídico de la ejecución de la pena, en Brasil, el gran desafío está en implementar las garantías aseguradas, tanto en la Constitución como en la ley or-

dinaria, ya que la disociación entre la previsión legislativa y la realidad es escandalosa.

En este sentido, a pesar de que la Ley de Ejecución Penal, en coherencia con la orientación rehabilitadora, constituya un importante paso en el sentido de dotar a las prisiones brasileñas de un esbozo disciplinario, estructurado a través de mecanismos de control de la identidad de los presos y de un sistema disciplinar basado en castigos y recompensas, no se ha logrado imprimir carácter más racional y humanitario a la pena de prisión<sup>80</sup>. El factor primordial de frustración de estas expectativas radica, ante todo, en los propios problemas estructurales de las prisiones brasileñas, tales como el autoritarismo excesivo de los organismos policiales y penitenciarios, las condiciones precarias de habitación y las deficiencias de programas sociales dirigidos a los condenados y a los ex presidiarios.

Por tanto, es evidente que la invocación de la finalidad de resocialización de la ejecución penal se presenta irreal, a la vista de la realidad deshumanizada que se produce: prisiones sin lugar para todos; muchos duermen en el suelo, en colchones de espuma inmundos o sobre una manta. En donde el espacio en el piso no es suficiente para permitir que todos se acuesten, los presos se turnan; el medio ambiente es insalubre; los enfermos están mezclados con los sanos; hay ratones, insectos y hasta animales con pezuñas; no hay agua suficiente para la atención de todos; la red de cañerías funciona mal, porque se sobrecarga; los programas educativos, recreativos y para formación profesional son casi inexistentes y es notoria la falta de consideración de la dignidad de los presos<sup>81</sup>.

El deterioro de las prisiones nacionales ha sido también certificado por organizaciones no gubernamentales internacionales, como la *Américas Watch* y Amnistía Internacional. Esta última, en su informe presentado en 2010, concluyó que el sistema de reclusión brasileño se caracteriza por condiciones crueles, inhumanas y degradantes en las que impera la tortura, de manera habitual, como método de interrogatorio, castigo, control, humillación y extorsión. Además, se observó la ausen-

78 De acuerdo con datos de la Secretaría de Administración Penitenciaria disponibles en <http://www.admpenitenciaria.sp.gov.br/dti/estatisticas.html>.

79 En el contexto de ese movimiento repetitivo crimen —sistema penitenciario— desocialización-crimen, las tasas de reincidencia llegan a 80% según datos del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, aunque no hayan estadísticas oficiales al respecto. En el mismo sentido crítico, v. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos...*, cit., p. 639-650.

80 FREIRE, Christiane Russomano. La violencia del sistema penitenciario brasileño contemporáneo. El caso RDD (régimen disciplinar diferenciado). São Paulo: Instituto Brasileño de Ciencias Criminales, 2005, p. 167.

81 De acuerdo con la crítica de Maria Thereza Rocha de Assis MOURA. Execução penal e falência do sistema carcerário. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, n. 29, São Paulo, 2000, p. 354-355.

cia del Estado y el control de los centros de detención por bandas de delincuentes, comportando un elevado nivel de violencia entre los reclusos, vinculado a la corrupción y mala administración<sup>82</sup>.

Justamente a causa de la violación de derechos humanos fundamentales, comienzan a surgir en diversos Estados brasileños decisiones judiciales dirigidas a la clausura de establecimientos penales sin condiciones habitabilidad, así como a la determinación de la reducción del número de detenidos en las unidades sobrepobladas. En este punto merece destacarse la emblemática decisión decretada por el Juez Corregidor de los Presidios de São Paulo al comienzo del año de 2008, determinando la reducción del número de internos del Centro de Detención Provisional II - Pinheiros y la prohibición de admisión de nuevos presos<sup>83</sup>.

Tal como subraya el Juez de Corregiduría en la motivación de su decisión: «Las celdas inspeccionadas poseen un área útil de 21 metros cuadrados. En estas condiciones se acomodan hasta 40 presos, algunos durmiendo suspendidos sobre los demás, en tejidos atados a las paredes a modo de imitar una red de descanso. Los presos duermen amontonados, en condiciones muy favorables para desarrollar y diseminar enfermedades de las más variadas, como por ejemplo enfermedades ortopédicas y enfermedades infecto-contagiosas, además de psiquiátricas por ausencia de reposo. También se registró, una epidemia de tuberculosis en la unidad penitenciaria. (...) La pena —en tales condiciones— nada previene. Peor. Al castigar, lo hace de forma degradante y cruel, (...) haciendo que no tenga sentido todo el trabajo desarrollado por los policías, representantes del Ministerio Público, defensores y magistrados, y colocando a la sociedad a merced de individuos que un día ganan su libertad sin mínima capacidad de adaptación social. La Ley de Ejecución Penal fue prevista para ser aplicada en condiciones ideales, o sea, presumiéndose que la dignidad de la persona humana detenida está siendo preservada. Bien sea, en la medida en que el preso es obligado a dormir en una celda sobrepoblada, muchas veces en el baño, otras en la

*pared (como alpinistas, amarrando tejidos) o debajo de una cama de material, con una precaria asistencia a la salud, resta claro que se desvirtúa totalmente el sistema de justicia penal de la ejecución —que a nadie recupera— y pone cuesta abajo la idealización prevista en la Ley de Ejecución Penal, ya que no se puede exigir expectativa de comportamiento a aquel que no tiene sus derechos mínimamente asegurados para cumplir sanciones penales.»*

Aunque haya sido la primera de una serie de otras tantas decisiones dirigidas a la regularización de las unidades penitenciarias paulistas, la decisión mencionada fue luego anulada por el Tribunal de Justicia de São Paulo, bajo el argumento de la falta de condiciones materiales del Estado para regularizar rápidamente las cuestiones apuntadas, permitiéndose la perpetuación de la situación degradante del sistema carcelario. A decir verdad, la tolerancia generalizada de las condiciones inhumanas de los establecimientos penitenciarios tiene el efecto de transformar (como si ello fuese posible) derechos humanos, comenzando por la propia dignidad de los presos, en meras reglas programáticas, sometidas a un juicio de conveniencia y de oportunidad por el Estado, que siempre tiene otras prioridades de inversión social<sup>84</sup>.

Por otra parte, si no hay una estructura carcelaria suficiente para albergar a los individuos que cumplen una pena privativa de libertad en régimen cerrado, tampoco existen vacantes disponibles para hacer posible la progresión del cumplimiento de la pena a regímenes menos rígidos (semiabierto y abierto), conforme lo garantiza la Ley de Ejecución Penal para el fin de alcanzar la reintegración social del condenado. Así, buena parte de los condenados acaba cumpliendo la pena privativa de libertad íntegramente en régimen cerrado, aunque ya hayan cumplimentado los requisitos legales (fracción de cumplimiento de la pena y ausencia de práctica de faltas disciplinarias) para la progresión de régimen. En esos casos, a pesar de que el Tribunal Supremo brasileño haya adoptado recientemente una decisión que permite al condenado que aguarde la disponibilidad de

82 Amnistía Internacional. Informe 2010. *El estado de los derechos humanos en el mundo*, p. 122-124 (disponible en [www.thereport.amnesty.org/es/download](http://www.thereport.amnesty.org/es/download)).

83 La mencionada unidad penitenciaria tenía posibilidad de albergar 512 presos, sin embargo poseía para el momento de la decisión judicial 1599 internos (más de 3 veces su capacidad). En conformidad con procedimiento C - 128/07, juzgado el 15 de janeiro de 2008.

84 En sentido contrario a la tolerancia en cuanto a las condiciones inhumanas de diversos establecimientos penitenciarios, y digna de señalar la decisión del Tribunal Superior de Justicia en el HC n. 142.513-ES (Rel. Min. Nilson Naves), que rechaza vehementemente la posibilidad de encarcelamiento de individuos en contenedores, práctica en el Estado de Espírito Santo que fue denunciada por el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria en el 2009 y acabó por llevar a Brasil a responder ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la ONU, luego de pedido frustrado del CNPCP de intervención federal en aquel Estado en razón del descaso de las autoridades locales.

vacante en régimen semiabierto en un régimen menos grave (régimen abierto o prisión domiciliar)<sup>85</sup>, se producen diversas decisiones de los Tribunales de Justicia Estatales en sentido contrario, basadas en una orientación punitiva irracional.

Digna de mención, a modo de ejemplo, es la siguiente decisión del extinto Tribunal de Alzada Criminal de São Paulo: *«Este Tribunal en multitud de ocasiones afirma que la inexistencia circunstancial de vacante en establecimiento adecuado al régimen intermedio constituye motivo de fuerza mayor, queriendo decir que la coacción no constituye ilegalidad. El Doctor que dictamina recomienda que el paciente sea remitido inmediatamente al régimen semiabierto, pero, si eventualmente no existiese, a estas alturas, vacante en establecimiento apropiado, ¿Qué más da? Es necesario tener bien claro en la mente que todas las medidas judiciales están subordinadas al principio de ejecutabilidad o de factibilidad. Así, en este caso se diría que la solución está en autorizar un salto del régimen cerrado al abierto, violentando el sistema progresivo. Sin embargo, es necesario tener bien nítido en el espíritu que la prematura inserción en el medio social del condenado por grave delito constituye ominoso insulto lanzado a la cara de la población trabajadora y disciplinada, porque prisión “domiciliar” precoz para el autor de un robo tiene el sabor, el color y el olor de abominable impunidad! Sirva la ocasión, más, para decir que la prematura reinserción del condenado en la convivencia social no puede ser concedida so pretexto de que es “problema del Poder Ejecutivo” crear un número suficiente de vacantes en el sistema del régimen intermedio; a decir verdad, el problema no es de este o de aquel Poder; el problema es de la sociedad disciplinada que no quiere, no puede y no debe ser forzada a aceptar la precoz reintegración del condenado por grave delito; no es lícito que el Juez se deje hipnotizar por el supuesto derecho del condenado a determinado régimen a cerrar los ojos a las implicaciones de su decisión; juzgar no es un ejercicio lúdico de autocomplacencia, una práctica de onanismo intelectual, una diversión académica, óptica bajo la cual las repercusiones sociales de su decisión serían irrelevantes; investido de jurisdicción por la sociedad organizada en Estado, el Magistrado no puede quedar olímpicamente ajeno a los reflejos sociales de*

*sus manifestaciones. Todo el poder emana del pueblo y en su nombre es ejercido.»*<sup>86</sup>

Bajo otra perspectiva, se destaca que la realidad de la sobrepoblación penitenciaria refleja la ausencia del Estado en la ejecución de la pena, sustituida en la práctica por los líderes de organizaciones criminales, que proporcionan informaciones, remedios, visitas y sustento a los presos y sus respectivas familias. A partir del momento en que el preso común contempla al líder de una facción criminal como su única referencia de seguridad y de expectativa social, es claro que sólo a él le prestará obediencia. Frente a la debilidad del Estado, se produce entonces el fortalecimiento del crimen organizado que, como es sabido, en Brasil se caracteriza por tener su origen y desarrollo justamente en el interior del sistema penitenciario.

Frente al crecimiento de las organizaciones criminales, el aumento de la violencia en el interior de unas prisiones abandonadas por el Poder Público y la generalización de los movimientos de rebelión, se estableció en el año 2003, como respuesta política de emergencia, la introducción del denominado Régimen Disciplinar Diferenciado, que somete a condenados e incluso a presos preventivos, al absoluto aislamiento celular por veintidós horas diarias durante un período de 360 días, prorrogables hasta 1/6 del cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta<sup>87</sup>.

La Ley Federal n. 10.792/03, que modificó los artículos 52 y 53 de la Ley de Ejecución Penal en los siguientes términos, *«la práctica de un hecho previsto como crimen doloso constituye una falta grave y, cuando ocasione subversión del orden o disciplina interna, sujeta al preso provisional o al condenado al régimen disciplinar diferenciado.»* Del mismo modo, *«el régimen disciplinar diferenciado podrá aplicarse a presos preventivos o condenados que presenten alto riesgo para el orden y la seguridad del establecimiento penal o de la sociedad»* y *«está igualmente sujeto al régimen disciplinario diferenciado el preso provisional o el condenado bajo el cual recaigan fundadas sospechas de involucramiento o participación en organizaciones criminales, cuadrilla o banda.»*

Bajo la apariencia de endurecimiento de la disciplina carcelaria, la nueva norma penal invade de forma ilegíti-

85 En ese sentido, v. HC 94.829 - SP e HC 94.526 - SP, cuyos acuerdos están disponibles en [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

86 Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo - HC 335.434/9.

87 Los artículos 52 y 53 de la Ley de Ejecución Penal, alterados por la Ley Federal n. 10.972/03, que instituyó el RDD, son objeto de cuestionamiento actual ante el Supremo Tribunal Federal, por medio de Acción Directa de Inconstitucionalidad enjuiciada por la Orden de los Abogados del Brasil (ADI 4162).

ma la fase de ejecución de la pena privativa de libertad, inaugurando un nuevo tipo de régimen carcelario, de absoluto rigor que rompe la lógica disciplinar de la ejecución. Este régimen es un claro ejemplo de una tendencia punitiva-instrumental que busca mostrar a la opinión pública seguridad y severidad, a pesar del caos que asola el sistema penitenciario brasileño<sup>88</sup>. El Régimen Disciplinar Diferenciado ha llevado a los presos sometidos al mismo, a cuadros psiquiátricos graves e irreversibles, así como la depresión e incluso al suicidio.

Por todo ello, el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de la Justicia publicó, el 10 de agosto de 2004, su parecer sobre la Ley Federal n. 10.792/03, concluyendo su incompatibilidad con las normas nacionales e internacionales de derechos humanos<sup>89</sup>. Las razones son contundentes, la arbitrariedad de su posible imposición a cualquier preso, como consecuencia de la vaguedad de los requisitos legales establecidos, y los efectos negativos de su excesiva duración, lo que lleva a equiparar esta medida a la práctica de la tortura.

Nuevamente, estamos frente a una medida simbólica del Estado, que busca satisfacer, aunque de forma aparente, la pretensión social de seguridad por medio de la elección y aislamiento de enemigos sociales, en lugar de adoptar medidas efectivamente dirigidas a la recuperación del sistema penitenciario brasileño. El precio que se asume en este caso es particularmente elevado: un mayor deterioro y degradación de la cárcel, que hace imposible la reinserción social de los condenados, y, ante todo, la violación a los derechos fundamentales de individuos que, aunque estén presos, continúan perteneciendo a la misma sociedad que los segrega.

En síntesis, si puede afirmar que la legislación penal brasileña producida en las últimas décadas, bien así el modo de la respectiva aplicación en casos concretos, contiene importantes violaciones a los derechos humanos en general, dando al acusado u al agente del delito un tratamiento incompatible con un Estado Democrático de Derecho.

## VI. Límites para una intervención penal racional

El debate en torno a los derechos humanos como límite racional a la intervención penal, a partir de la constatación de la expansión del Derecho Penal en respuesta a la creciente sensación social de inseguridad, parece centrarse en la capacidad de ese incremento de la protección de la sociedad frente a los nuevos riesgos para limitar, al contrario, para aumentar la libertad de los individuos que la conforman<sup>90</sup>. En otras palabras, se indaga si seguridad y libertad individuales constituyen intereses en conflicto o, por el contrario, la síntesis en el ámbito de una concepción de libertad que tiene en la seguridad uno de sus presupuestos.

Para diversos autores, como Hassemer, Herzog y Prittwitz<sup>91</sup>, la flexibilización de derechos y libertades fundamentales por vía de la modificación de criterios dogmáticos y garantías político-criminales no parece legítima, incluso frente a la presunta protección de la sociedad ante nuevos riesgos. El Derecho Penal apenas sólo está apto para alcanzar la eficacia perseguida si, antes, puede ser considerado un instrumento de control social formal legítimo, lo que sólo es posible mediante la observación de límites fundamentales, en la línea del contrato social de Rousseau.

88 FREIRE, Christiane Russomano. *La violencia del sistema penitenciario brasileño contemporáneo. El caso RDD (régimen disciplinar diferenciado)*. São Paulo: Instituto Brasileño de Ciencias Criminales, 2005, p. 168.

89 Conforme la conclusión del parecer, «frente al cuadro examinado, de la oposición a las reglas instituidas por la Ley n. 10.792/03 concerniente al Régimen Disciplinario Diferenciado, con aquellas de la Constitución Federal, de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Prisioneros, destaca la incompatibilidad de la nueva sistemática en diversos aspectos centrales, con la falta de garantía para la sanidad del encarcelado y duración excesiva, implicando violación a la prohibición del establecimiento de penas, medidas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, previstas en los instrumentos citados. Además, la falta de tipificación clara de las conductas y la ausencia de correspondencia entre la supuesta falta disciplinaria practicada y el castigo resultante, revelan que el RDD no posee naturaleza jurídica de sanción administrativa, siendo, antes, un intento de segregar presos del restante de la población carcelaria, en condiciones no permitidas por la legislación.» Documento disponible en [www.mj.gov.br/cnppc/pareceres](http://www.mj.gov.br/cnppc/pareceres).

90 Expone de la misma forma esa preocupación Victor GÓMEZ MARTÍN. *Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. In Política criminal y reforma penal*. GÓMEZ MARTÍN, Victor (Coord.). Madrid: Edisofer, 2007, p. 80 ss.

91 Siendo todos los autores alemanes citados miembros del Institut für Kriminalwissenschaften de la Universidad de Frankfurt.

92 V. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. 1999, p. 20 e ss.

93 V. SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 21 e ss.

A la par de ese posicionamiento, otro sector de la doctrina, como Corcoy Bidasolo<sup>92</sup> y Schünemann<sup>93</sup>, sostiene la idea de que la libertad del individuo sólo puede asegurarse por medio de la prevención penal de riesgos<sup>94</sup>. Así, la limitación del Derecho Penal a la intervención en la esfera de libertad individual a los casos de lesión de bienes jurídicos personales sería equivocada, ante todo, porque el libre desarrollo o la autonomía de la persona depende no sólo de la protección de intereses estrictamente individuales, sino también de la tutela de intereses supraindividuales.

En principio, hay que destacar que no siempre la expansión del Derecho Penal puede ser socialmente justificable, en la medida en que no es extraño que la referida intervención se muestre inútil, incapaz de alcanzar la finalidad protectora propuesta. Así, el Derecho Penal no puede ser confundido con la política pública en general, en el ámbito de un Estado Democrático de Derecho, con el fin de suplir o rectificar errores del propio Estado.

Si se entiende el Derecho Penal como instrumento subsidiario de control social formal, dirigido a la protección de intereses fundamentales dignos de tutela, la consecuencia será que el contenido material de delito estará constituido por una condición de vida que afecta a la autonomía y al libre desarrollo del individuo en el sistema social. La idea de libertad individual o autonomía reflejan, por lo tanto, la base de la justificación y la legitimidad de la intervención jurídico-penal.

Esta constatación no debe permitir, sin embargo que el Derecho Penal busque una protección de la víctima, o de la sociedad en general, persiguiendo la máxima eficacia o prevención posible<sup>95</sup>. De hecho, la evolución del Derecho Penal está marcada justamente por la neutralización de la figura de la víctima<sup>96</sup> y de la propia idea de venganza privada. Esta idea orientó todo el desarrollo de la teoría general del delito y debe continuar iluminando la política criminal, a pesar de los discursos

políticos dirigidos a la victimización social y al endurecimiento de la intervención jurídico-penal.

Con esto, no se niega la importancia del reciente «re-descubrimiento» de la víctima en la esfera penal, para efecto de reparación del daño o incluso en el ámbito de la denominada Justicia Restaurativa, cuyos resultados positivos parecen atender al ideal de prevención, sin violar derechos o garantías fundamentales del agente del delito. Lo que se debe evitar es la pérdida de la visión del Derecho Penal como instrumento de defensa de los individuos frente a la intervención coactiva del Estado, pasándose de la concepción de «carta magna del delincuente» a la de «carta magna de la víctima»<sup>97</sup>. Este cambio provoca la oposición social a cualesquier medida penal que reconozca los derechos individuales del agente del delito, como es el caso de las penas que no conllevan la privación de la libertad, actualmente consideradas por la sociedad victimizada como formas de impunidad.

Por lo tanto, incluso la búsqueda del ideal de seguridad y eficacia debe limitarse a partir de la concepción de libertad y derechos individuales, pues el excesivo intervencionismo en materia penal implica la adopción de un modelo político autoritario que impide el libre desarrollo y la autonomía del individuo. Entonces, si no se puede efectivamente ejercer la libertad sin una cierta seguridad, de nada vale la referida seguridad sin que los individuos que componen el grupo social puedan ejercer su libertad<sup>98</sup>. De hecho, no se demostró empíricamente que un incremento de las garantías y derechos individuales conlleve necesariamente el detrimento de la eficacia jurídico-penal<sup>99</sup>. Así, se debe continuar dejando al Derecho Penal el espacio de intervención mínima imprescindible para una convivencia social armónica.

Esta revisión necesaria del modelo de intervención jurídico-penal, a partir de la orientación constitucional, tendrá, del mismo modo, que abandonar conceptos

94 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Cultura del control...*, cit., p. 87.

95 Ana Isabel PÉREZ CEPEDA observa que el problema es que la posición de la víctima del delito y, por definición, una posición parcial y poco favorable a la racionalidad, determina una presión social sobre el Derecho Penal que no solamente tiende a ampliarla, sino que también ese desequilibrio víctima-delincuente conduce a una predisposición a negar los derechos de los últimos a fin de garantizar la idea de seguridad. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: lustel, 2007, p. 439.

96 V. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 92.

97 Sobre ese cambio de paradigma del Derecho Penal, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal...*, cit., p. 53.

98 En esa orden de ideas, advierte Norberto BOBBIO: «Mejor una libertad siempre en peligro pero expansiva que una libertad protegida pero incapaz de desarrollarse. Solo una libertad en peligro es capaz de renovarse. Una libertad incapaz de renovarse se transforma tarde o temprano en una nueva esclavitud.» *El tiempo de los derechos...*, cit., p. 254.

99 PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento...*, cit., p. 371-372.

meramente garantistas bajo el punto de vista formal<sup>100</sup>, para abarcar, en un contexto plural, la complejidad de las relaciones sociales y los espacios de conflicto a fin de garantizar materialmente la reafirmación de los derechos humanos en materia penal.

## VI. Conclusión

Los derechos humanos constituyen el marco fundamental del correcto funcionamiento y de la propia legitimidad del Estado, existiendo entre ambos una relación de interdependencia. En la medida en que, por un lado, la lucha por el reconocimiento de los derechos humanos en las primeras declaraciones de los siglos XVII y XVIII no habría pasado del nivel metafísico o moral si estos no hubiesen sido reconocidos en los ordenamientos jurídicos, y por el otro, el modelo de Estado solo pudo evolucionar en tanto que se conquistaron y se reconocieron nuevas categorías de derechos fundamentales. De esa forma, no se puede entender el Estado Democrático de Derecho sin establecer su contenido y significado a partir de los derechos inherentes a todos los individuos que lo conforman.

A partir del necesario reconocimiento de los derechos humanos frente a la intervención penal, el principal desafío para el establecimiento de límites del *ius puniendi* estatal se encuentra en la comprensión de las transformaciones producidas en los sistemas de control social, de acuerdo con lo que se constata en la actualidad. La asunción por el penalista de cualquier toma de postura debe evitar lo que Lothar Kuhlen denomina «excesos teóricos». Pues estas posiciones sobre los sistemas de control social, incluso frente a todas las posibilidades ofrecidas de información y argumentación referidas a los más diversos temas, como en materia de la propia efectividad del Derecho Penal, dependen, en todo caso, de valoraciones en relación a las cuales los penalistas no tienen ningún acceso privilegiado<sup>101</sup>.

No cabe duda que el Derecho Penal debe mantener sus lazos con la evolución social y las transformaciones que de ahí sobrevienen. La interrogante fundamental es saber si para ese desarrollo deberá el Derecho Penal perder, o no, sus características tradicionales. No parece adecuado entender el conjunto de garantías y principios fundamentales como meros formalismos anticuados, y si —y aún lo son— como criterios mínimos de legitimidad de la intervención penal, independientes de cualquier exigencia de modernización o de eficiencia simbólica.

Los Derechos Humanos no entran en conflicto con la idea de un Derecho Penal eficaz, y si lo justifican y delimitan, ya que ese sistema jurídico está dirigido a la propia protección del individuo frente a la intervención del Estado. De esa forma, incluso la búsqueda de una más amplia protección o seguridad social no justifica la violación de derechos fundamentales, bajo pena de convertir al Derecho Penal en instrumento autoritario de control político<sup>102</sup>. Y, de acuerdo con lo ampliamente demostrado a través de la historia, no sería incluso el Derecho Penal, cualquiera que sea su configuración política, el instrumento de control social más adecuado para la eliminación de los problemas de la sociedad contemporánea.

## Referencias bibliográficas:

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Sobre el derecho penal y su racionalidad. En: *Teoría de sistemas y derecho penal*. Carlos Gómez-Jara Diéz (Coord.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

100 Sobre la crítica a la garantía, v. José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, para quien «este modelo ya no nos da las claves para interpretar los recientes cambios político-criminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. De ahí que las críticas que se hacen desde el garantismo a recientes decisiones legislativas penales, se pierden en el vacío de la incompreensión social.» *La política criminal en la encrucijada...*, cit., p. 64-65. También en ese sentido, del mismo autor, v. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Madrid: Trotta, 2003, p. 74, 141-143.

101 KUHLEN, Lothar. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. (comentario) En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. de la versión alemana). Muñoz Conde, Francisco (Coord. de la versión española). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 85.

102 A decir verdad, el delito se relaciona a las condiciones fundamentales de toda vida social y, por ello, tiene su utilidad. DURKHEIM, Emilie. Reglas al método sociológico. 8ª. edición. Trad. Maria Isaura Periera de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977, p. 60. en ese orden de ideas, concluye Miguel REALE JÚNIOR que el *precio de la libertad es el eterno delito; el crimen solamente desaparecerá cuando finalice la libertad*. Libertad y política. En *Nuevos rumbos del sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 128.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Derechos humanos y derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, Santiago de Compostela, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Trad. Rafael de Asís Roig. Madrid: Editorial Sistema, 1991.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español. Parte general - I. Introducción*. 5ª. edición. Madrid: Civitas, 1996.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. 1999
- \_\_\_\_\_. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En: *La política criminal en Europa*. GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.).
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.
- DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: BdeF Editorial, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Política criminal y derecho penal. Estudios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- \_\_\_\_\_. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Madrid: Trotta, 2003.
- DURKHEIM, Emilie. *Regras ao método sociológico*. 8ª. edição. Trad. Maria Isaura Periera de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andréa Greppi. 5ª. ed. Madrid: Trotta, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés. 5ª. edição. Madrid: Trotta, 2001.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crímenes hediondos*. 5ª. edición. São Paulo: Revista dos Tribunales, 2005.
- FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo. O caso RDD (régimen disciplinar diferenciado)*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminales, 2005.
- GARDELLA, Juan Carlos. Derechos humanos, desarrollo y violencia en América Latina y Caribe. En: *La violencia en la sociedad actual*. BARBERO SANTOS, Marino (coord.). Madrid: Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1982.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. En: *Política criminal y reforma penal*. GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). Madrid: Edisofer, 2007.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Prologómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- GRECO, Luís; SCHÜNEMANN, Bernd. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio” e comentário. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, ano 17, n. 78, maio-junho de 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Faticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª. edição. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.
- \_\_\_\_\_. História das idéias penales na Alemanha do pós-guerra. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, Ano, n. 6.
- \_\_\_\_\_. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. da versão alemã). Muñoz Conde, Francisco (Coord. da versão espanhola). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- \_\_\_\_\_. Seguridad por intermedio del derecho penal. En: *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora Maria del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Viejo y nuevo derecho penal. En: *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas, 2004.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal do inimigo. Noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- KUHLEN, Lothar. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. (comentário) En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. da versão alemã). Muñoz Conde, Francisco (Coord. da versão espanhola). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Trad. da 20ª. edição alemã por Luis Jiménez de Asúa. T. II, 4ª. edição. Madrid: Editorial Réus, 2007.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.
- MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2ª. ed. Napoli: Scien- tifiche Italiane, 1997.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Ejecución pe- nal e falência do sistema carcerário. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, n. 29, São Paulo, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el de- recho penal de su tiempo*. 4ª. edição. Valencia: 2003.
- \_\_\_\_\_. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho pe- nal del enemigo. En: *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. CAM- PO MORENO, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fun- damento de la deriva del derecho penal postmoder- no*. Madrid: Iustel, 2007.
- RADBRUCH, Gustav. *Einführung in die Rechtswis- senschaft*. 11ª edição. Stuttgart: K.F. Koehler Verlag, 1964.
- REALE JÚNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da ley dos remédios. *Revista dos Tribunales*, v. 763, São Paulo, 1999.
- \_\_\_\_\_. Avanços e retrocessos. En: *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Revista dos Tribunales, 1992.
- \_\_\_\_\_. Libertad e política. In *Nuevos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Bar- celona: Antropos, 2005.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-pe- nal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico- penal alemana*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- \_\_\_\_\_. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. En: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y perma- nentes del derecho penal después del milenio*. Ma- drid: Tecnos, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Viejas y nuevas ten- dencias político-criminales en las legislaciones pena- les. En: *Derecho penal de la democracia vs seguri- dad pública*. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; SANZ MULAS, Nieves (Coord.). Granada: Comares, 2005.