Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais

Ano 18 • n. 85 • jul.-ago. / 2010

Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais
Ano 18 • n. 85 • jul.-ago. / 2010

Presidência **Sérgio Mazina Martins**
Coordenação **Ana Elisa Liberatore S. Bechara**
Coordenação Convidada **José Luis Guzmán Dalbora e Marcos Zilli**

Diretoria da Revista

COORDENAÇÃO – Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Alessandra Teixeira, Bruno Shimizu, Filipe Henrique Vergniano Magliarelli, Maíra Rocha Machado e Mariângela Lopes.

CONSELHO EDITORIAL – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafi r, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valetim Bastos Pitombo, Cristiano Ávila Maronna, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Flávia Rahal, Karyna Sposato, Luciano Anderson de Souza, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior e Sérgio Salomão Shecaira.

Colaboradores Permanentes

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luís Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez- Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Ano 18 • n. 85 • jul.-ago. / 2010

Coordenação
Ana Elisa Liberatore S. Bechara
Coordenação Convidada
José Luis Guzmán Dalbora e Marcos Zilli

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Publicação oficial do IBCCRIM

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais

Ano 18 • n. 85 • jul.-ago. / 2010

Presidência
SÉRGIO MAZINA MARTINS

Coordenação
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA

Coordenação Convidada
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA e MARCOS ZILLI

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável
ANTONIO BELINELO

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433
e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

editorial.revista@rt.com.br

Diagramação eletrônica: Microart Ed. Eletrônica Ltda., CNPJ 03.392.481/0001-16
Impressão e acabamento: Gráfica e Editora Ripress Ltda. CNPJ 00.480.416/0001-54

Impresso no Brasil: [09-2010]
Profissional
Fechamento desta edição: [20.09.2010]

EDITORA AFILIADA

APRESENTAÇÃO

"Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos." – FERNANDO PESSOA

"Andar por terras distantes e conversar com diversas pessoas torna os homens ponderados." – MIGUEL DE CERVANTES

Ao expressar as suas inquietações com os movimentos da chamada alta modernidade e os seus efeitos na esfera da intimidade, Giddens lembra-nos do poder que diferentes eventos, mesmo distantes, provocam nas esferas da vida social e das sensibilidades pessoais.[1] A aproximação parece ser, de fato, inevitável em um mundo calcado em novas dimensões de tempo e de espaço. Ocorre que tais aproximações não são acompanhadas, na mesma proporção e intensidade, de um incremento na capacidade de compreensão do que ainda se mostra como diferente. Em realidade, ainda que as distâncias tenham sido sensivelmente encurtadas, resistimos a aceitar, com naturalidade, o que não se apresenta como espelho.

Mas a trajetória rumo a uma convergência comum não é exclusividade das relações sociais e pessoais. A aproximação também se verifica no Direito, entre as diferentes famílias jurídicas. Não se trata de movimento recente. De fato, o processo de afirmação internacional dos direitos humanos permitiu a construção de um universalismo ético e que se presta como importante paradigma comum para vários sistemas jurídicos. Por sua vez, a criação de espaços econômicos comunitários criou novas realidades para as quais as tradicionais formas do pensamento jurídico não estavam aptas a fornecer todas as respostas, exigindo, assim, uma forma de enfrentamento comum. Por fim, porém não menos relevante, posta-se a criação de uma Justiça Penal Internacional, expressão

1. *Modernidade e identidade*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

máxima do rompimento do monopólio das jurisdições domésticas e da materialização do ideal de formação de uma ordem penal supranacional.

Esses movimentos de aproximação e de convergência não aniquilam as diferenças. Aliás, nem é desejável que isso ocorra. Como se sabe, os sistemas jurídicos são reflexos de peculiaridades históricas e produtos de um longo processo de formação. Nessa perspectiva, o respeito das singularidades, além de assegurar a preservação de identidades culturais, resguarda a preservação de diferentes experiências as quais servem de rico material de estudo e de observação. Não são outros, portanto, os motivos que levam à consagração do direito comparado. Em realidade, a busca pela compreensão do outro é pautada por uma inquietude e pelo desejo de ampliar os horizontes e de compartilhar novas experiências.

A tarefa, no entanto, não é fácil. Supõe a observância de rigoroso método científico sob risco de comprometimento das próprias conclusões. A propósito, Jansen lembra-nos que o método comparado envolve, necessariamente, o enfrentamento de duas etapas.[2] Inicialmente, antes de se propor qualquer sistema de similitudes e de diferenças, há que se compreender o fenômeno estrangeiro. A compreensão, por sua vez, supõe uma atividade de conhecimento e de imersão. Afinal, sistemas jurídicos são expressões de bases culturais, econômicas, sociais e políticas. Daí a exigência apontada por Lasser de que o comparatista seja *culturally fluent* no sistema que é alvo de sua abordagem.[3] Ou seja, a análise do sistema estrangeiro exige um amplo estudo da realidade em que ele se insere. Mas não é só. O estudioso deverá ainda ter especial preocupação com a tradução das ideias, evitando que a sua linguagem, gerida em um terreno de identidade com o próprio sistema, comprometa as eventuais correspondências.

Já a segunda etapa, embora não apresente tantas dificuldades, não supõe um abrandamento do rigor científico. Na verdade, há que se evitar o recurso simplista da mera contraposição de dados. Com efeito, o comparatista deve cotejar, de maneira efetiva e minuciosa, destacando todos os pontos que se mostrem relevantes. A exposição comparativa, por seu turno, exige um especial cuidado no emprego das expressões e das va-

2. JANSEN, Nils. Comparative law and comparative knowledge. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *The oxford handbook of comparative law*. New York: Oxford, 2008, p. 305-338.

3. LASSER, Mitchel. The question of understanding. In: P. Legrand; R. Munday (eds.). *Comparative legal studies: traditions and transitions*. 2003, p. 197-239.

lorações. "Similitude", "identidade", "igualdade", "oposição", "diferença" são expressões que podem assumir variadas conotações e perante as quais se deve ter grande cautela.

Mas por mais diferentes que os sistemas jurídicos se mostrem, não é possível deixar de reconhecer um núcleo rígido comum a todos o que facilita, consideravelmente, a perspectiva comparativa. Com efeito, independentemente da linha de análise que se adote, não há como se olvidar da alta missão do direito, qual seja, a de servir como instrumento de estruturação do poder e de organização social. Como bem observado por Mireille Delmas-Marty, o que desejamos pela dimensão do direito é uma paisagem em ordem que nos proteja da desordem.[4] Trata-se de uma importante premissa que estabelece um fio condutor comparativo do qual podem ser detectadas similitudes, antagonismos e, inclusive, distorções.

Consciente da importância crescente do método do direito comparado no estudo das ciências criminais, o IBCCrim apresenta o primeiro número de uma série de volumes especiais de sua Revista e que serão dedicados ao estudo de diferentes sistemas jurídicos. O objetivo é o de, periodicamente, focar temas específicos de interesse comum no mundo acadêmico de vários países.

A proximidade geográfica e as recentes reformas nos sistemas jurídicos penais empreendidas no Brasil e em Chile justificaram a aproximação que ora é feita. Na estruturação da obra, a opção recaiu por uma proposital e aparente duplicidade dos artigos – um representando o sistema estrangeiro e o outro o nacional. Fornece-se, assim, o instrumental necessário para que o leitor possa fazer as conexões analíticas tão próprias do direito comparado.

O projeto foi entusiasticamente abraçado por José Luis Guzmán Dalbora, Professor Titular de Direito Penal e de Introdução à Filosofia Jurídica e Moral na Universidade de Valparaíso, a quem coube a coordenação da parte relativa ao direito chileno. Para tanto, Guzmán, além de nos brindar com uma exposição histórica sobre a evolução daquele sistema, convidou outros professores chilenos que ficaram encarregados do desenvolvimento de estudos específicos. Dessa forma, a obra expõe os temas que mais ocupam a atenção dos estudiosos de ambos os países, quais sejam: o bem jurídico penal, o princípio da legalidade penal,

4. *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

o princípio da proporcionalidade na delimitação das sanções penais, o princípio da correlação entre acusação e sentença, a prisão cautelar e a exclusão das provas ilicitamente obtidas. No plano brasileiro, a correspondência temática ficou a cargo de juristas nacionais e sob a coordenação dos Professores Ana Elisa Bechara e Marcos Zilli.

É certo que a natural limitação imposta pelo espaço não permitiu fossem esgotadas todas as possíveis questões que adviriam da contraposição dos dois sistemas jurídicos. Nem foi essa, aliás, a intenção de seus coordenadores. Em realidade, o objetivo é o de instigar a curiosidade ínsita àqueles ávidos por novas fronteiras do conhecimento. A proposta é de abrir a perspectiva para um novo caminhar. A trajetória, no entanto, é longa sendo revelada a cada passo. Como observa Guimarães Rosa, "o real não está na saída, nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessa". Que se estabeleçam, portanto, novos diálogos! É este, enfim, o ideal abraçado pela REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Afinal, como nos lembra Pablo Neruda, "morre lentamente quem não muda de marca, não se arrisca a vestir uma cor ou não conversa com quem não conhece".

São Paulo e Valparaíso, 10 de agosto de 2010.

ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA
Professora Doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Diretora da Revista Brasileira de Ciências Criminais.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA
Professor Titular de Direito Penal e de Introdução à Filosofia Jurídica e Moral na Universidade de Valparaíso.

MARCOS ZILLI
Professor Doutor de Direito Processual Penal no curso de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Coordenador do Departamento de Relações Internacionais do IBCCrim. Juiz de Direito.

SUMÁRIO

I. DIREITO PENAL

1. Reseña histórica de la Codificación Penal y Procesal Penal en Chile
   JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA 11
2. Caminhos do direito penal brasileiro
   MIGUEL REALE JÚNIOR 41
3. El bien jurídico en la reciente reforma penal chilena
   CARLOS CABEZAS CABEZAS 77
4. Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil
   ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA 119
5. El principio de legalidad en la reciente Reforma del Código Penal chileno
   MAURICIO ALFREDO RETTIG ESPINOZA 159
6. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade
   ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO 219
7. La proporción cuantitativa de las penas a los delitos en la reciente Reforma Penal
   MARÍA SOLEDAD MORENO LÓPEZ 236
8. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial
   PIERPAOLO CRUZ BOTTINI 267

II. PROCESSO PENAL

1. El principio de congruencia entre acusación y fallo en la legislación y jurisprudencia penales chilenas
   VALERIA ELENA ECHEVERRÍA VEGA 297
2. A correlação entre imputação e sentença no Brasil
   ANTONIO SCARANCE FERNANDES 324

3. La regla de exclusión por ilicitud probatoria en Chile
LIONEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ 353

4. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro
ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO 393

5. La prisión preventiva en el Código Procesal Penal chileno ¿Un intento de coherencia fallido?
ALBERTO BALBONTÍN RETAMALES 411

6. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro
MARCOS ZILLI 447

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES 495

I DIREITO PENAL

1
Reseña histórica de la Codificación Penal y Procesal Penal en Chile

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Profesor titular (catedrático) de Derecho penal e Introducción a la Filosofía jurídica y moral en la Universidad de Valparaíso (Chile).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El artículo ofrece al lector brasileño un panorama sinóptico del proceso de Codificación del Derecho penal y del Derecho procesal penal chilenos. Explica las razones de la antigüedad del Código penal vigente, así como el cambio que llevó desde el Código de procedimiento penal al nuevo Código procesal penal. Examina las orientaciones y normas principales de estos textos legales, y explica las duras reformas que ellos han experimentado en los últimos años, severidad que hunde sus raíces en la mentalidad conservadora, insular y por momentos iliberal de las capas dominantes de la sociedad chilena.

PALABRAS CLAVE: Codificación – Historia del Derecho penal – Reforma del proceso penal – Pena, política y sociedad.

ABSTRACT: This article offers the Brazilian reader a review of the Codification process of Chilean Criminal Law and Criminal Procedural Law. It explains why the current Criminal Code is so old, as well as the change from the old to the new Code of Criminal Procedure. It revises the main approaches and regulations of these legal texts, and explains the strong reforms they have sustained in the last years. This severity has its roots in the conservative, limited and sometimes illiberal mentality of Chilean society's ruling class.

KEYWORDS: Codification – History of Criminal Law – Criminal Procedure Reform – Punishment Politics and society.

SUMARIO: 1. Objeto y finalidad de la reseña – 2. El Código penal (1874); reformas parciales y ensayos de reforma total – 3. El Código de procedimiento penal (1906) – 4. El Código procesal penal (2000) – 5. Modificaciones penales y procesal penales de los últimos años – 6. Recapitulación y balance.

1. OBJETO Y FINALIDAD DE LA RESEÑA

El presente bosquejo no pretende pasar revista al conjunto del Derecho y proceso penales chilenos. Semejante tarea implicaría considerar el plexo de la legislación, doctrina y jurisprudencia en tales materias, así como la forma en que este sector del ordenamiento jurídico vive en la comunidad nacional, en cuanto a su arraigo cultural, la eficacia de las normas subyacentes, etc., en otras palabras, adentrarse en asuntos reservados a la comparación jurídica, algo que excede y con mucho los términos de la reseña. Como indica el título, su objeto es más circunscrito. Se trata sólo de brindar un panorama sinóptico del proceso de codificación de las reglas penales materiales y adjetivas, *iter* que se remonta al siglo XIX y cuyos productos acusan todavía unos rasgos de estabilidad en verdad inéditos si se los confronta con procesos homólogos habidos en otros Estados del continente iberoamericano. Pues bien, dentro de ese panorama se procurará destacar las matrices ideológicas de la codificación, con la huella que dejarían en los textos que vienen al caso, el norte de sus principales reformas parciales y, en fin, el sello de las propuestas de reforma total. Especial atención merecerá el cúmulo de modificaciones de la última década, que se plantean, como veremos al final, en frontal contradicción con los principios orientadores de los cuerpos reformados.

La finalidad de estas páginas es poner al alcance del lector brasileño unos rudimentos con que poder introducirse a la historia y situación actual de la codificación penal y procesal penal chilena, y aproximarse al tejido normativo a cuyo interior surgen los problemas abordados en el estudio comparativo que le sigue. Allende el hecho de que Chile y Brasil hunden sus raíces culturales, políticas y legislativas en la tradición colonial, española y portuguesa, respectivamente, no han de pasarse por alto, por una parte, las distintas datas en que uno y otro consiguieron su independencia, con el diverso contexto histórico-jurídico que circundó esos momentos, y, por otra, la también disímil manera en que se estructuraría la mentalidad de las capas dominantes en entrambos países, proyectada hacia las cuestiones jurídicas en general y penales en particular. El

jurista brasileño conoce la que campa en su país, y el chileno puede hallar de ella un logradísimo retrato en la espléndida monografía *Raízes do Brasil*, del renombrado historiador Sérgio Buarque de Holanda.[1] Naturalmente, no albergamos la intención de procurar al colega brasileño siquiera un boceto de la ideología política y social de los grupos con poder normativo en Chile. Para comprender el trasfondo de tales fuentes de producción del Derecho penal y procesal penal, recomendamos la bibliografía que figura en el último apartado. En fin, con miras a facilitar la lectura, hemos prescindido del aparato de citas bibliográficas usual en los trabajos de esta índole, incorporando al texto algunos pasajes ajenos dignos de glosa, sin otra mención que la sucinta de su autor.

2. El Código penal (1874); reformas parciales y ensayos de reforma total

Al igual que en todos los países de América española, la independencia de Chile, declarada en 1810 y culminada en 1818 con el triunfo de las armas criollas sobre las realistas, no significó una ruptura legislativa respecto de la antigua metrópoli. El Derecho, salvo el político, continuó siendo el mismo que el de la Colonia, o sea, las pragmáticas, cédulas, los decretos y ordenanzas reales, comunicados por el Consejo de Indias, la Recopilación de Indias (1680), la Novísima Recopilación (1805), las Leyes de Estilo, el Fuero Real (1255), el Fuero Juzgo y las Siete Partidas (1265). Que la legislación hispana fuese formalmente declarada en vigor por las nuevas autoridades mediante una ley de 1823 y un decreto supremo de 1838, se debió a los apremios de afianzar la emancipación del país y la organización de su Estado, menesteres incompatibles con el tiempo y la serenidad requeridos por la tarea codificadora, así como al hecho de que la sociedad, según explica el mejor historiador del tema, "continuó viviendo de una tradición eminentemente española" (Rivacoba y Rivacoba).

Sin embargo, la necesidad de dictar leyes especiales sobre ciertas materias penales se hizo sentir pronto, tanto por la vetustez e inhumanidad de las disposiciones peninsulares[2] cuanto por exigencias propias

1. Con múltiples ediciones. Nosotros manejamos la 26.ª, de Compañía das Letras, São Paulo, 1995.
2. Basta pensar que todavía en 1854 un tribunal de Valparaíso condenó a un reo del delito de bestialismo a morir en la hoguera, pena prevista por la ley 1.ª, título 30, libro 12, de la Novísima Recopilación para los casos

de las nuevas condiciones del país. Hubo numerosas leyes aprobadas de 1812 a 1875, entre las que ocupa un lugar de señalada importancia la Ley general de hurtos y robos, de 7 de agosto de 1849, un cuerpo muy completo sobre el argumento, que dejaría su impronta en el posterior Código penal y harto revelador de la elevada estima que reciben los intereses patrimoniales en las capas privilegiadas del país. Paralelamente, por iniciativa gubernamental se dan varios intentos codificadores, los cuales debían abarcar también el área penal, en 1823, 1826, 1828, 1831 y 1840. Quedaron, sin embargo, infructuosos, lo mismo que los emprendidos en 1846, cuando el Gobierno nombra una comisión encargada de formar un proyecto de Código penal y otro de procedimiento penal, la que debía apoyarse para ello en el nuevo Código penal de España,[3] y en 1852. Fracasadas también dichas iniciativas, en 1855 el Gobierno encomienda la tarea a un solo jurista, Manuel Carvallo, quien realiza el trabajo, aunque dejándole incompleto, y, sobre todo, siempre por indicación de la autoridad, tradujo al castellano el Código penal belga, de 1867.

Este último dato es importante en la génesis del Código penal chileno. En efecto, en 1870 el Gobierno constituye una nueva comisión, instándola a que tomara como base de sus discusiones el Código penal belga, por considerarlo superior a cualquier otro de los dictados durante aquellas décadas en Europa. Sin embargo, la Comisión Redactora disintió del parecer oficial y decidió tomar como referencia el Código penal español de 1848-1850. Éste pasó a ser así la fuente principal del que se redactaría.[4] La Comisión realiza su tarea despaciosa y meditadamente, de marzo de 1870 a octubre de 1873. El Proyecto que elaboró fue aprobado sin grandes modificaciones por el Parlamento en 1874,

de sodomía *ratione generis*. La Corte Suprema confirmó el fallo, pero suspendió la ejecución, haciendo presente al Gobierno la necesidad de conmutar una pena "que no está en uso por su excesivo rigor", por la de dos años de encierro. Procedió el máximo tribunal parecidamente a como hicieron los jueces españoles durante la segunda mitad del siglo XVIII y por el mismo motivo: la brutalidad de la legislación medioeval, incompatible con la sensibilidad, los principios y las valoraciones modernas.

3. Que no era sino el de 1822.

4. Aunque no la única. Influirían indirectamente el Código de las Dos Sicilias (1819) y el del Imperio de Brasil (1830), modelo del español de 1848; directamente, el español de 1870 y, especialmente en la distribución de los títulos del libro II y el contenido de algunos crímenes y simples delitos, el belga.

y el Código penal empezó a regir los destinos de la sociedad chilena el primero de marzo de 1875.

Por su época, sus fuentes de inspiración y las ideas políticas que predominaron en Chile durante la segunda mitad del ochocientos, se comprenderá que el Código pertenece al período llamado clásico en el Derecho penal. De hecho, convergen en él ostensibles muestras del Derecho penal liberal, tal como se entendía entonces el liberalismo político y su precipitado punitivo, ambos basados en el individualismo abstracto de la ideología del Iluminismo dieciochesco y la obra de reforma que éste inauguró, lamentablemente incompleta en el postulado de humanización de la atroz materia. El afán individualista e igualitario informa su concepción de la responsabilidad criminal, donde el eje de la imputación son actos precisos y acotados del sujeto, no la estimación de su personalidad ni de su trayectoria vital.[5] También el juicio de culpabilidad toma como fulcro el acto delictuoso e influye en el proceso de conmensuración de la pena, siquiera maculen el texto algunos delitos calificados por el resultado, sospechas de delito (responsabilidad por hechos ajenos) y una fórmula muy anticuada de la inimputabilidad, de raíz biológico-psiquiátrica. El racionalismo dicta la reiterada previsión del principio de legalidad de delitos y penas (artículos 1.°, 18 y 80), amén de la estructura cerrada de la inmensa mayoría de los tipos, y, aliado con el pensamiento retributivo,[6] está también detrás de un minucioso y nutrido sistema de penas, unos extensos catálogos de circunstancias atenuantes y agravantes, y de un complejo mecanismo en la formación de los márgenes penales concretos de las infracciones. En seguida, liberalismo y racionalismo explican la marcada desconfianza del Código en el arbitrio judicial, pero también el esfuerzo por proporcionar las puniciones a la gravedad abstracta de los delitos, tomando en cuenta para ello la índole e importancia relativa de los bienes jurídicos que entran en cada caso en consideración. En este sentido, puede afirmarse con seguridad que el Código, en su factura original, traducía un equilibrio axioló-

5. Reserva hecha de acoger la reincidencia en el papel de agravante, y la conducta anterior irreprochable, en el de atenuante de la responsabilidad, además de algunas hipótesis de delito habitual.

6. Obsérvese que la retribución que prohijó el Código, de corte netamente jurídico, esta limitada o matizada por las exigencias de la utilidad o el bienestar públicos. Se siente en esto el ascendiente del principal comentarista del Código español de 1848, Joaquín Francisco Pacheco, cuyas opiniones fueron a menudo seguidas por los comisionados chilenos, y, a través suyo, el de su mentor, el ecléctico italiano Pellegrino Rossi.

gico en su sistema de delitos y las penalidades correspondientes, según una jerarquía de bienes que ponía en la cima los intereses del individuo.[7] La consideración primordial del delito como ataque objetivo contra bienes jurídicos, fundamenta la reducción obligatoria de la penalidad para tentativa y frustración, así como la de cómplices y encubridores, respecto del hecho consumado del autor, e inspira la distinción objetiva que el Código traza entre los actos preparatorios y de ejecución. En cambio, con razón se ha escrito que "su humanitarismo es muy relativo, pues mantiene penas sumamente crueles (la de muerte, las perpetuas, la de cadena o grillete y la de encierro en celda solitaria), pero hay que juzgarlo por las prácticas o instituciones a que se opone o que suprime" (Rivacoba y Rivacoba), por ejemplo, la penalidad infamante y las formas especialmente severas de ejecutar la capital –reducidas nada más que al fusilamiento–.

Técnicamente hablando, su plan combina ingredientes españoles, belgas y, en cuestiones de distribución interna, elementos tomados del Código civil, de 1855. Consta de 501 artículos, divididos en tres libros. El primero, carente de rúbrica, se ocupa de las disposiciones generales; el segundo, de los crímenes y simples delitos; y el último, también falto de epígrafe, de las faltas o contravenciones. Los libros se dividen en títulos y éstos, en parágrafos. La clasificación tripartita de las infracciones, de origen francés, descansa en la gravedad de las penas correspondientes (artículos 3.°, 4.° y 21),[8] no en la judicatura llamada a conocer de su ocurrencia, como quiera que jamás hubo en Chile tribunales de jurados. Esa clasificación es aplicable también a los "cuasidelitos", añoso nombre que el Código reserva a los delitos culposos, de muy defectuosa regulación en él, cuyo único mérito fue haberlos regulado, a despecho de la fuente española, en un régimen de *numerus clausus*. Si en ello se advierte cierta vocación de originalidad o, mejor dicho, de juicio crítico frente a sus modelos europeos, no es menos cierto que el resultado global nos presenta un texto bien construido y, descontando innegables aspectos negativos o anacrónicos, hecho para perdurar. Por eso suma ya ciento

7. Las excepciones son de origen francés, porque no hay que olvidar que el Código español de 1848 proviene del napoleónico de 1810. De ahí, en el chileno, la alta punición de los delitos contra la seguridad del Estado, moderada por la previsión alternativa de penas de extrañamiento, y de algunos delitos contra la Administración pública, como el peculado (artículo 233).

8. El artículo 21 contiene el sistema penal del Código.

treinta y cinco años, edad que lo convierte en el más antiguo en lengua castellana y el tercero en vejez de los Códigos occidentales.[9] De ahí, también, que haya permitido acabadas y disímiles elaboraciones dogmáticas, que la ciencia penal chilena ha ensayado desde las perspectivas clásica, neoclásica, finalista y post finalista, al hilo del progreso científico o, en su caso, las modas intelectuales importadas de Europa.

Con tan luenga vigencia, se comprenderá que la marcha del tiempo haya requerido introducirle modificaciones. Al cumplirse en 1974 su centenario, las leyes modificativas eran treinta y ocho. Éstas, lejos de mejorarlo y actualizarlo en problemas de fondo y de forma, vinieron a empeorarle, especialmente en el título del libro II dedicado a los delitos contra la propiedad. Es más, la mayoría de las reformas, comenzando por la primera, en 1876, cuando el cuerpo contaba sólo con un año de vida, están condensadas aquí. Pocos pasajes habrá en que se amontonen tantos desaciertos técnicos, valorativos y lingüísticos, así como el afán desmedido por proteger un bien jurídico de menor importancia y, señaladamente, ciertas formas de riqueza, la agrícola y pecuaria, de superlativa significación para un segmento de la sociedad chilena. De modo que los atisbos de modernización hay que buscarlos en las principales leyes complementarias, que trajeron al país la libertad condicional (1925), la rehabilitación administrativa de los condenados (1932) y la condena de ejecución condicional (1944),[10] entre otras instituciones. También es de nombrar la Ley de estados antisociales, de 1954, que contempló un conjunto de situaciones de peligrosidad predelictiva y las correspondientes medidas de seguridad. Sin embargo, se difirió la entrada en vigor de las medidas hasta contar con los establecimientos adecuados para ejecutarlas. Puesto que no había medios ni, en definitiva, tampoco la voluntad para su implementación, la ley sería derogada en 1994. En consecuencia, Chile se atuvo siempre al monismo cifrado en la pena para el individuo imputable, al margen de que éste sea peligroso o no.

9. En efecto, sólo lo sobrepasan el belga, con sus múltiples modificaciones, y el haitiano, que data de 1835. A su turno, el español de 1995 difiere sensiblemente de sus predecesores decimonónicos, por lo que no puede figurar más en esta lista, sino entre los Códigos de factura reciente.

10. Los substitutivos de las penas cortas de privación y restricción de la libertad serían ampliados en 1983 con la llegada de la reclusión nocturna y la libertad vigilada.

La comprensión de los proyectos de reforma total requiere advertir que en Chile no arraigó el positivismo criminológico como sí hubo de prender, cual reguero de pólvora, desde mediados del siglo XIX y a lo largo de toda la primera mitad del XX, en los demás países iberoamericanos. El positivismo no pasó aquí del discurso académico, por demás templado merced a la actividad de profesores que seguían la dogmática alemana. Los proyectos, pues, aparecen relativamente tarde, cuando ya había concluido en Europa la "lucha de las escuelas". Ninguno de ellos trasunta la tendencia positivista en su forma pura, y varios se presentan como una reforma al Código vigente, modernizándole, pero sin substituir sus paredes maestras con otras de diverso material. Como los ensayos precodificadores de que ya dimos noticia, los proyectos surgen de iniciativas gubernamentales. El de 1928, redactado por Eduardo Erazo y Rafael Fontecilla, se afilia a la corriente Político-criminal o Joven escuela alemana, lo cual es visible en el mantenimiento simultáneo de la imputabilidad y la peligrosidad, con sus consecuencias en las penas y medidas de seguridad –un ensayo de la "doble vía"–, la admisión de un sistema de penas determinadas *a posteriori* y el amplio espectro que se acuerda al arbitrio judicial. Fue enviado al Congreso por el Gobierno, pero no tuvo éxito. Ni siquiera llegaría al hemiciclo un Proyecto del propio año 1929, preparado por el profesor Pedro Ortiz Muñoz, un rapsoda de von Liszt, y el magistrado alemán Ludwig von Bohlen. Su Parte general –los redactores no ultimaron la especial– guarda fidelidad suma a la legislación y doctrina germánicas de esa época. Por su parte, ecléctico y, por ende, ligado a la inclinación dualista de la Política criminal tudesca, se presenta a sí mismo el Proyecto de 1938, cuya elaboración correspondió al profesor Gustavo Labatut Glena y el magistrado Pedro Silva Fernández. Mas no da a la noción de peligrosidad tan amplia acogida como cabría suponer de aquel predicamento, y sus "sanciones", comprensivas de penas y medidas de seguridad, al igual que otros institutos de las Partes general y especial, traicionan en él sólo una reforma y actualización del Código de 1874.[11] El Proyecto de 1946 se contrajo a idéntico designio modernizador, pero no pasó del libro I, cuyas huellas se pierden en la premiosa y, al cabo, inconducente tramitación que le dispensó el Senado.

11. Con una particularidad muy importante. El de 1938 es el único Proyecto chileno que acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Infra*, apartado 5, diremos dos palabras sobre la ley especial que acaba de regular la imputación penal de los entes colectivos.

En las décadas siguientes sobrevendrían, primero, un comprensible desencanto de los criminalistas locales por acometer un nuevo intento de reforma global y, después, el obligado silencio que impuso la tiranía militar (1973-1990), antes interesada en abroquelar a sus autoridades contra la delincuencia política que en dotar al país de un Código penal a la altura de los tiempos. Hubo que esperar hasta 2001 para reemprender la tarea, que esta vez agruparía a un considerable número de especialistas en un cenáculo denominado "Foro penal". En 2003, cuando el ministerio de justicia oficializa las actividades del Foro y crea la "Comisión de estudio para la elaboración de un anteproyecto de Código penal", consideró "indispensable" poder contar con el borrador "hacia fines de 2004", arguyendo "factores como la antigüedad y parcial caducidad de buena parte de la normativa penal vigente desde 1874;[12] la disfuncionalidades [*sic*][13] derivadas de la descodificación, dispersión y falta de coherencia o sistematicidad [*sic*][14] que caracteriza a la legislación penal actual; la entrada en vigencia gradual –a partir del año 2000– del nuevo sistema procesal penal, para cuyo óptimo funcionamiento se requiere una revisión integral de la legislación penal vigente", y la "ausencia, en ambos extremos, de respuestas jurídicas proporcionadas frente a los delitos, así como la ausencia de parámetros adecuados para determinar las sanciones". La Comisión concluyó su labor el año 2005. Se trata de un anteproyecto completo, cuyas innovaciones yacen principalmente en la Parte especial, ajustada según un sistema bipartito de crímenes y simples delitos. El libro I, que condensa la Parte general, es una versión revisada del vigente, al que actualiza en algunos aspectos (régimen del error, de la autoría y participación, circunstancias, etc.), pero conservando las anticuadas escalas graduales de penalidad y un sistema puni-

12. Se desliza aquí, en el Decreto que creó la Comisión, de 4 de julio de 2003, un craso error. Como estampamos *supra*, la vigencia del Código data del día 1.° de marzo de 1875.

13. En castellano, la palabra *disfuncional* es un adjetivo, no el substantivo, para colmo plural, que pretexta la dicción del Decreto. Lo correcto sería decir *disfunción* o *disfunciones*.

14. Otro término inexistente en el idioma español, que conoce las palabras *sistema* y *sistémico*. Este descuido en la redacción de un modesto decreto se repite una y otra vez en la legislación penal chilena de las últimas décadas, defecto que la torna, no ya sólo enojosa de leer, sino de muy compleja interpretación por sus innumerables impropiedades gramaticales y francos barbarismos.

tivo, a más de severo, poco imaginativo de cara al acuciante desafío de reducir la férula de las penas privativas de la libertad y hallar formas más inteligentes y humanas de punir. Como sea, por falta de condiciones políticas apropiadas y, en parte, debido a disensiones entre los penalistas que intervinieron durante su preparación, el Anteproyecto no ha sido presentado por el Presidente de la República para su discusión parlamentaria, ni se atisba si y cuándo podrá iniciar la tramitación legislativa.

3. El Código de procedimiento penal (1906)

Como en el Derecho penal, tampoco la independencia política del país implicó un quiebre del procedimiento criminal diseñado en las fuentes españolas. Durante todo el arco del siglo XIX rigieron en Chile la Novísima Recopilación, las Leyes de Estilo y, muy especialmente, las principales piezas modeladoras de aquel sistema, esto es, las Partidas 3ª y 7ª. Por cierto, la supervivencia de la inquisición, el proceso penal del absolutismo político, reñía completamente con las ideas liberales que animaron la creación del nuevo Estado. Es verdad que las Constituciones de 1818, 1823 y 1833 consagraron algunos elementos importantes de la reforma procesal penal del Iluminismo, a saber, el principio de inocencia, la prohibición de la tortura y la interdicción de hacer declarar al reo bajo juramento. Sin embargo, la legislación patria sobre organización de los tribunales y procedimiento penal (1824, 1837, 1838, 1884, 1891, etc.) mantuvo intacta la esencia escrita, secreta y analítica del proceso inquisitivo, parecidamente a lo que acusa la casi totalidad de los jóvenes países hispanoamericanos.

Como se sabe, a partir del *Code d'instruction criminelle* francés (1808), Europa occidental se abrió a una reforma de envergadura al proceso por inquisición, en una línea que continuaron los Códigos u Ordenanzas procesal penales de Holanda (1838), Austria (1873), Alemania (1877), España (1882), Noruega (1887), etc. La innovación en palabra diseñó un sistema mixto, caracterizado por una fase de investigación de impronta inquisitiva, confiada al juez instructor, y un juicio oral, público y contradictorio a cargo de un tribunal colegiado –en el modelo francés, adoptado por muchos Estados europeos, esta segunda fase dio paso al juicio por jurados–. Puesto que tal sistema era conocido en América, no cabe atribuir a la ignorancia que la codificación procesal penal de nuestro medio en general, y la chilena en particular, haya hecho caso omiso de sus bondades para perseverar en un régimen procesal desde todo punto de vista inconciliable con las bases políticas que granjearon a los países americanos su autonomía de España y, con ella, del *vieux régime*. Parte de la doctrina interpreta este fenómeno, asaz llama-

tivo en su contradicción, desde los intereses de las elites que gobernaban aquende el Atlántico. En efecto, éstas no alentaron jamás la intención de que la revolución política, ya consumada, pudiese significar un cambio en la organización social, rígida, desigual, clasista y racista, heredada de la época colonial –del mismo modo como el viejo encomendero se transformó en latifundista, y los indios encomendados, en peones del campo–. Considerando que el Derecho procesal penal se adecua a pedir de boca al propósito de mantener las estructuras sociales, al paso que el impacto del Derecho penal en los cotidianos hechos de criminalización es mucho menor, se explica la adopción de Códigos penales liberales y, simultáneamente, un modelo procesal iliberal como el de la inquisición. Prueba de lo cual se obtiene en las argumentaciones folklóricas de cuya mano se cohonestó la pretensa imposibilidad de articular el sistema mixto: la falta de medios económicos con que subvenir a la reforma, lo ajeno de ésta a la tradición jurídica local, la fragmentación y el aislamiento demográficos de los países, el retraso cultural de amplias capas de la población. Estos pretextos, formulados con plena conciencia de lo inaceptable del sistema inquisitivo para un Estado civilizado, en verdad escamotean la estrategia de conservación del poder económico y social de los únicos grupos que detentaron facultades legiferantes durante el siglo XIX. Por ejemplo, cuando el Mensaje con que se presentó al Parlamento chileno el Proyecto que luego se convertiría en el Código de procedimiento penal, adujo que "la institución del jurado ha parecido del todo inadecuada a nuestra situación social, a la cortedad de nuestros recursos y a nuestra falta, sobre todo en los pueblos de segundo orden, de ciudadanos competentes que pudieran ser llamados a desempeñar las delicadas funciones de hombres buenos", la magia de las palabras es incapaz de disimular el horror de la oligarquía criolla a ver alguna vez los hechos penales de uno de sus miembros expuestos a la apreciación judicial y pública de los ciudadanos de segundo orden. En el fondo, esta contradicción es la del liberalismo por fuera y la sociología del Estado de clases por dentro. Aquí yace la raíz de la discrepancia ideológica entre los Códigos penales y procesal penales de la época, a que se refieren Mauricio Duce y Cristián Riego, quienes, con razón, denuncian el "error común en la doctrina procesal penal tradicional de nuestro país (...) de sostener que el sistema consagrado en el Código de 1906 corresponde al sistema mixto o inquisitivo reformado".[15]

15. En verdad, no se trata de un error, sino de la cobertura fraseológica de un designio ultraconservador y liberticida hacia abajo.

Es preciso parar mientes en estas consideraciones a la hora de justipreciar las fuentes y el tejido interno del Código de procedimiento penal. Su redactor, Manuel Egidio Ballesteros, cuyo proyecto venció el concurso público convocado al efecto por el Gobierno el año 1889, manejaba un amplio abanico de obras científicas y textos legales extranjeros sobre la materia, entre otros, las Ordenanzas austriaca, alemana y francesa, y la Ley española de enjuiciamiento criminal, es decir, un actualizado soporte documental que dejaba de manifiesto la superioridad del sistema mixto. Sin embargo, él dio su preferencia a las viejas fuentes españolas. También, por cierto, el Gobierno. El Mensaje de 1906 manifiesta la vergüenza de las autoridades al desechar el juicio por jurados y el juicio público oral ante jueces de Derecho. "Ni siquiera ha sido posible separar en este Proyecto –se lee allí– las funciones de juez instructor de las de juez sentenciador, reforma ya adoptada en el Código de procedimientos criminales de la República argentina", pese a "que los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa", y a "que las razones que aducen en apoyo de su tesis son casi incontrovertibles". Así y todo, se confió en que su honradez y moderación impediría a los jueces del sumario formarse prontamente la convicción de la culpabilidad del reo, y en que "cualquier desvío involuntario encuentra su correctivo en la acción de los tribunales superiores encargados de revisar sus resoluciones".

Fue de esta guisa como se consolidó en Chile una variedad muy ortodoxa de la inquisición, que sólo difería de su forma pura en la prohibición de la tortura y del juramento de los inculpados. El proceso ordinario o común para crímenes o simples delitos de acción pública quedó escindido en dos etapas. La primera, llamada sumario, correspondía a la fase de investigación y estaba entregada al juez instructor. Su finalidad y analítica marcha era preparar el juicio mediante el establecimiento de los hechos de la causa y sus eventuales responsables. Debía discurrir en forma escrita, secreta, sin un plazo predeterminado ni un auténtico aparato de garantías para el inculpado, rasgo connatural a un sistema en que éste no es un sujeto procesal, sino un objeto del procedimiento. De ahí lo temible de las medidas cautelares personales, como la detención, que podía prolongarse hasta cinco días, y, especialmente, la prisión preventiva, que a su turno podía durar lo que el sumario, incluso todo el proceso, comprendidas la segunda instancia y la etapa de casación, cual pena anticipada. Esto aparte, los resultados del sumario solían ser determinantes para la fase siguiente, denominada plenario. El plenario no

poseía el carácter de un juicio digno de este nombre, porque se tramitaba ante el mismo juez de la instrucción, siempre por escrito y desprovisto de una real contraposición de partes, y porque la prueba decisiva no era, por lo común, la producida entonces, sino la que reunió el inquisidor durante la investigación, quien podía valorarla en su sentencia aun en el caso de que no fue factible repetirla después. Si completamos el lúgubre cuadro añadiendo que el real órgano de la investigación no fue nunca el juez, sino la policía, y que la instrucción era en el hecho asumida por funcionarios no letrados del tribunal –el papel del juez cobraba relevancia tan sólo en los actos procesales más importantes (auto de procesamiento, acusación y fallo)–, se comprenderá que el estado en que versó el proceso penal chileno durante la luenga vigencia del Código, por reducir al mínimo el reproche, fue de "un atraso extremo" (Tavolari Oliveros).

Huelga decir que este esquema procesal nació obsoleto y condenado al fracaso, sin nombrar la resultante irrisión del país ante la cultura jurídica occidental.[16] Para colmo, las modificaciones que se le introduce en las décadas sucesivas, lejos de alterar su arco toral y orientarle hacia el sistema mixto, reafirmaron la concentración de poderes típica de la inquisición. Mencionemos sólo una tríada de ejemplos. En 1927 un decreto con fuerza de ley suprime los promotores fiscales, o sea, nada menos que los representantes del ministerio público en primera instancia, a consecuencia de lo cual el juez instructor se convirtió, además, en órgano acusador.[17] La ausencia de una política procesal penal, la indolencia de los legisladores, el beneplácito del Poder judicial y la complicidad de no pocos juristas, permitieron que esta monstruosa unificación de atribuciones permaneciese en pie hasta el momento de la ruina del Código, casi un siglo más tarde. En seguida, una ley de 1944 establece la *reformatio in pejus*, permitiendo al tribunal de apelación

16. Sin embargo, las graves deficiencias del Código de procedimiento penal para un Estado que se proclama de Derecho, no eran objeto de generalizada percepción en el medio interno. Un sector de la doctrina, los gobiernos y buena parte de los jueces, estimaban muy bueno su entramado, el que "sólo requiere para su perfección ciertos cambios nunca de fondo y siempre limitados, es decir, meros retoques". Esta denuncia la estampó Manuel de Rivacoba y Rivacoba durante las postrimerías del régimen militar.

17. Al juez instructor, acusador y sentenciador pasaron a asistir, en calidad de *ministros de fe*, los oficiales de secretaría encargados de los procesos, según una ley de 1944.

modificar la sentencia en contra del reo que dedujo el recurso, y concede idéntica facultad al tribunal de casación en su sentencia de reemplazo de la anulada. Por último, el régimen de la libertad provisional de los procesados experimenta varios cambios desde 1941, en un creciente e inorgánico despliegue de delitos no excarcelables.

Los deméritos intrínsecos, la pesada lentitud y la inoperancia del Código empiezan a solicitar afanes de reforma sólo hacia 1960. De esa década data una pareja de proyectos, ambos promovidos por el ministerio de justicia. Cumple advertir que no se propusieron ser un Código nuevo, sino sólo adecuar el existente a un proceso de características mixtas. El preparado por el ministro Enrique Ortúzar Escobar separa las funciones de juez instructor y jueces sentenciadores, y el del magistrado Rubén Galecio Gómez buscó, además, restablecer el ministerio público en su función acusadora de primera instancia –la misma que había perdido con la supresión del servicio cuarenta años atrás–, imprimir celeridad a los juicios mediante el procedimiento condensado o urgente, y apuntalar los derechos y la defensa del inculpado dentro del sumario. Ninguno de estos empeños completó su tramitación legislativa, aunque algún influjo del Proyecto de Galecio se percibe en modificaciones parciales que sobrevendrían al concluir el régimen militar.

4. El Código procesal penal (2000)

Hubo que esperar hasta 1990, año que signa el tránsito de la satrapía castrense a gobiernos democráticamente electos, el instante en que se abandona la ruta de las reformas del Código de procedimientos y es abordada, por fin, la tarea de una transformación radical del proceso penal.

A este cambio de itinerario contribuiría una plétora de factores. Por lo pronto, el político. En verdad, hubiera sido quimérico substituir el proceso por vía de inquisición durante la tiranía militar y el oscurantismo cultural en que ésta, y los grupos civiles que la apoyaron, sumieron al país por espacio de diecisiete años. Muchos e importantes cambios se habían producido en el ínterin en la sociedad chilena, lo que hizo tanto más considerable la situación de rezago de su ordenamiento jurídico, cuyas partes codificadas procedían de la centuria decimonona. El retraso era vivísimo y doliente en la disciplina procesal penalista por el anacronismo que el Código del ramo llevaba inscrito como marca de nacimiento. Los gobiernos democráticos, pues, abordarían la magna

labor de modernizar el Derecho chileno en diversas áreas, de las que la procesal penal asumiría prioridad promediando la década en cuestión.

En seguida, intervino un innegable condicionamiento social, siquiera manipulado por ciertos sectores políticos y los medios de prensa que éstos controlan.[18] El gobierno militar y sus prácticas criminales, por un lado, y, por otro, la organización armada de la resistencia en su contra, dejarían como legado cierto acostumbramiento de la comunidad nacional a la violencia, a la crispación emocional en situaciones de conflicto, a la intolerancia ante el diverso, máxime cuando éste se presenta o es presentado bajo los ropajes de un enemigo público. El saldo de miseria derivado de las políticas económicas del decenio anterior arrojó a la pobreza al cuarenta por ciento de la población, con el consiguiente y previsible efecto de incremento de los delitos convencionales o callejeros (en particular, hurtos, robos y lesiones). Insensiblemente, la ideología de la seguridad nacional se transforma en una ideología de la seguridad ciudadana, cuya esencia radica en haber reemplazado la figura del enemigo, ayer el comunista, hoy el delincuente, y en su remozada versión es cálidamente acogida por todas las agrupaciones políticas, sin importar su localización en alguno de los bordes del universo de partidos. La difusión de estudios empíricos que demostraban cómo el proceso inquisitivo había llegado a su colapso, por su incapacidad de resolver mediante sentencia la inmensa mayoría de los delitos denunciados –un noventa y cuatro por ciento del total–, el empleo generalizado de la prisión preventiva como pena –el sesenta y cinco de cien presos lo estaban como reos a la espera de juicio, a veces durante años–, la arbitrariedad de los procedimientos policiales contra simples sospechosos –abusos no acompañados de eficacia alguna en la prevención de los delitos–, servirían como palanca para subir al carro de la reforma total a los segmentos sociales más influyentes, en su permanente interés por la seguridad pública y las víctimas, antes que por los derechos de los presuntos victimarios.

Un aporte suplementario vino del lado jurídico-formal. Chile no disfruta de una Constitución personalista al amparo de la cual halle cómoda inserción un proceso respetuoso de los derechos de inculpados, acusados, detenidos y presos. El documento de 1980, forjado por juristas propincuos al aparato militar, mientras ordena al legislador que esta-

18. O sea, todos los de circulación nacional. La concentración del poder económico hizo a Chile perder el pluralismo informativo de que disfrutó hasta 1973.

blezca las garantías de una investigación y un procedimiento racionales y justos (artículo 19, número 3.°), no prevé el principio de inocencia y, antes bien, dispone que "la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad" (ídem, número 7.°, letra *e*). Expresado de otra manera, parte de la suposición de que la prisión es la regla y que entre sus excepciones no puede contarse el carácter *peligroso* del reo. Sin embargo, el espíritu substancialista y transpersonalista de la Constitución militar se moderó un tanto al integrarse Chile a los países que forman parte del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y de la Convención americana de derechos humanos, de cuyos textos fluye un plexo de principios y garantías procesales –comenzando por la imparcialidad del tribunal– a los que tenía que repugnar el caduco edificio del Código de procedimiento penal, que ya no estaba en condiciones de sostenerse en pie por mucho tiempo más.

Bien se percataron de ello los juristas que liderarían el desafío de darle completa jubilación. A diferencia de todos los ensayos de reforma habidos hasta ese punto, el que gesta el Código procesal penal fue iniciado y conducido privadamente, desde principios de 1993, gracias al impulso de dos corporaciones, una uncida a fuerzas conservadoras y otra ligada a las que el país adeuda la recuperación de su luenga historia democrática. Esta contraposición de ideologías e intereses es de bulto a la hora de juzgar los componentes híbridos del producto final. El "Foro para la reforma procesal penal", su "Equipo técnico"[19] y un "Grupo de coordinación" conseguirían alumbrar en 1995 el Anteproyecto del nuevo Código. En su aprobación parlamentaria sería decisivo el apoyo que le brindó, al igual que a las modificaciones constitucionales y otras leyes que requería la reforma, el ministerio de justicia, que había impreso a la iniciativa carácter oficial con su participación desde mediados de 1994. La conjunción de estas entidades cuidó no sólo de los múltiples aspectos –jurídicos, presupuestarios, estadísticos, administrativos– que abarcaba la reforma en sí misma, sino también de la difusión de la idea en la ciudadanía. No sin resistencias, que provinieron de altas esferas del Poder judicial y de algunas Universidades, y reserva hecha de ciertos cambios que se le encajará durante el trabajoso proceso legislativo, el Código

19. Integrado por los profesores Cristián Riego, María Inés Horvitz, Jorge Bofill y Raúl Tavolari.

ultima su tramitación el día 12 de octubre de 2000. Su sanción fue precedida por la ley orgánica del ministerio público, que le impuso un sistema de vigencia sucesiva para las Regiones en que se divide político--administrativamente el país. La secuencia gradual, recomendada por la complejidad técnica y presupuestaria de la operación, principia en diciembre de 2000 y culmina en junio de 2005 con la puesta en marcha del sistema en Santiago de Chile y sus ciudades aledañas, visto que en la Región metropolitana se condensa el cuarenta por ciento de la población del país, tienen su centro los principales medios de comunicación, gravita el poder económico y existen las tasas más altas de criminalidad –tanto la convencional, subrepticia o violenta, como la fraudulenta y predatoria[20]–.

Al decir de sus redactores, el Código tomó como fuente precipua el Código procesal penal modelo para Iberoamérica. Mas no es una mera copia o trascripción de éste, del que se diferencia en numerosas cuestiones, terminológicas, conceptuales e institucionales. Por cierto, la orientación general es la de un proceso de partes contrapuestas, oral y público en sus actos y audiencias judiciales, donde sobreviven, empero, fuertes rasgos inquisitivos. Es que la proyección del novel Código, o lo que es igual, su vocación de permanencia en la sociedad, quedó sometida desde el principio a la necesidad de someterse a la prueba de fuego del escaso o nulo arraigo cultural del modelo adoptado en los albores del siglo XXI, por más comedida que fuese su estampa, la de un sistema pseudo acusatorio. Es más, el cuño liberal sufrió derrotas incluso durante el proceso de gestación de la norma, en parte debidas a las circunstancias que propiciaron e impulsaron el primer boceto. Quedó dicho ya que en la base de la reforma estuvieron siempre los reclamos de seguridad pública y, unida a ellos, la crítica de ineficiencia en la persecución y el castigo de los delitos de que se hizo blanco el viejo Código. Mientras en esto coincidieron todas las colectividades políticas, la cuestión medular, o sea, las garantías, pasó a un segundo plano, tónica que se repetiría en lo por venir. Así se explican las oposiciones surgidas durante el *iter* legislativo del Código, los cambios que padecería en su tramitación parlamentaria y, sobre todo, que quedasen en el documento que se sancionó al final supervivencias del sistema anterior, como el

20. Nos referimos al llamado "delito económico", de frecuente comisión en la capital, con efectos que trascienden al resto del territorio, pero normalmente impune por razones que no podemos examinar en esta sede.

control de identidad, algo típico de la legislación policial, y el régimen de la prisión preventiva, extendido a los supuestos en que la libertad del acusado se considera peligrosa para la seguridad del ofendido o de la sociedad. Repárese, además, en el número de disposiciones consagradas a la investigación, muy superior a las que se dedica a aquello que cuenta de veras, el juicio.

Sea de ello lo que fuere, el Código separa las fases cognoscitiva y valorativa del proceso, antes reunidas en un único magistrado. El ejercicio de la acción penal pública y la investigación de los hechos constitutivos de delito corresponden al ministerio fiscal, asistido por la policía en las tareas de pesquisa (artículos 53 y 79). Una vez que el primero estima haber mérito suficiente para formalizar la investigación ante el juez de garantía, ésta no puede prolongarse más de dos años (artículo 247). La intervención del tribunal de garantía es indispensable cuando quiera que el ministerio público pretenda que se prive o limite al inculpado del ejercicio de alguno de sus derechos fundamentales, motivo por el cual es el juez quien decide la procedencia de medidas cautelares (artículo 9). La fase de instrucción puede interrumpirse a través de la suspensión condicional del procedimiento, si se trata de delitos de menor entidad atribuidos a un sujeto sin antecedentes penales, o cesar definitivamente por un acuerdo reparador entre imputado y víctima, siempre que el delito investigado afecte bienes disponibles de índole patrimonial, consista en lesiones de poca gravedad o en un hecho culposo.[21] Concluida la investigación, el fiscal debe interponer la acusación o bien solicitar el sobreseimiento de la causa. Formulada la acusación, a que el eventual querellante particular –la víctima– puede adherir si no prefiere acusar por su cuenta, cabe al acusado contestarla, señalando los medios de prueba de que se valdrá en el juicio. La última intervención del juez de garantía sucede en la audiencia de preparación del juicio, donde las partes debaten y el tribunal resuelve sobre las pruebas que podrán ser rendidas en él.[22] El sentido acusatorio del proceso emerge entonces, en el juicio oral, que se celebra ante un tribunal colegiado compuesto por

21. Artículos 237-246. Tanto la suspensión del procedimiento bajo prueba como los acuerdos de reparación deben ser ordenados o aprobados, respectivamente, por el juez de garantía.

22. Debiendo excluir especialmente las pruebas provenientes de actuaciones declaradas nulas y las obtenidas con infracción de garantías fundamentales (artículo 276).

tres jueces profesionales que no pueden haber tenido vínculo con la investigación. Sólo la prueba producida en el juicio puede ser estimada en el fallo como fundamento de la condena o absolución del acusado, tras su valoración conforme al método de la sana crítica (artículo 297). Asimismo, si el fallo es condenatorio, no puede extenderse a hechos tampoco contenidos en la acusación.[23] La sentencia se pronuncia en única instancia. Por eso, sólo es susceptible del recurso de nulidad, nombre con que se rebautizó a la antigua casación.

La estructura técnica del Código procesal penal nos lo muestra compuesto de 483 artículos, ordenados en cuatro libros, que se dividen en títulos, y éstos, a su vez, en párrafos, como el Código penal. El libro primero versa de los principios básicos; el segundo, del procedimiento ordinario o común –que acabamos de describir en sus rasgos fundamentales–; el tercero, de los recursos, y el cuarto, de los procedimientos especiales[24] y la ejecución. Más significativo que este plan resulta la conformidad o disconformidad de su contenido con los principios de un proceso penal liberal[25]. Digamos resumidamente que el Código está con

23. El artículo 341, siempre a propósito del principio de correlación entre acusación y sentencia, consulta la posibilidad de que el tribunal del juicio dé al hecho una calificación jurídica diferente de la contenida en el pliego del fiscal; pero, para ello, debe primero advertir a las partes y reponer la audiencia para que éstas debatan al respecto.

24. Particular importancia revisten el procedimiento simplificado, aplicable a las faltas y delitos de poca monta, en que no hay acusación, sino un requerimiento del ministerio público, y el juicio ocurre, sin más trámites, en una sola audiencia, y el procedimiento abreviado, previsto para delitos sancionables con penas privativas de la libertad no superiores a cinco años, si el imputado acepta los hechos de la acusación y los antecedentes que la fundan, y, por ende, renuncia al juicio oral. Ambos procedimientos se realizan ante el tribunal de garantía.

25. Sin ánimo de ser exhaustivos, limitémonos a enunciar tales principios como propone Luigi Ferrajoli, a saber: 1) de organización, llamados así porque se refieren a la formación del juez y a su posición institucional respecto de los restantes poderes del Estado, los otros sujetos del proceso y el conjunto de órganos de la jurisdicción, esto es: a) legalidad y preexistencia del juez sentenciador, o principio del juez natural; b) separación objetiva y subjetiva de las fases de cognición y valoración del proceso; c) legalidad u obligatoriedad del ejercicio de la acción penal pública; d) independencia externa e interna de los tribunales, y e) imparcialidad de los órganos jurisdiccionales, algo que se ve favorecido por parejo atributo en los órganos de la persecución penal; 2) del procedimiento, nombre

efecto inspirado por ellos, aunque tampoco podemos silenciar que sus reglas sobre materias específicas, como la prisión preventiva y los procedimientos especiales, donde la garantía del juicio se pierde en holocausto de requerimientos de celeridad, juegan malas pasadas a su articulado y al respeto de personas que el mismo texto proclamó inocentes hasta que no medie una sentencia ejecutoria de condena.

En general, el juicio que merece el resultado práctico de la reforma, tras cinco años de vigencia en todo el país, es lisonjero. La aplicación del Código arrumbó las viejas prácticas escritas de la inquisición, substituyéndolas efectivamente por el carácter oral de las audiencias. El acotado marco de la investigación ha permitido resolver un número de casos mucho mayor que el de antaño y en plazos considerablemente más breves. Esto, sumado a un uso menos intenso de la prisión preventiva, invirtió la proporción de presos y condenados, de la que hoy los primeros representan un treinta y cinco por ciento. Sin embargo, mano a mano que se acercaba la hora del proceso oral en la Región metropolitana comenzaron a arreciar las críticas, con voces que pedían robustecer los poderes autónomos de la policía, desconfiar de las atribuciones de los jueces de garantía en el control de la legalidad de las detenciones, consentir la incorporación al juicio de pruebas obtenidas sospechosa-

debido a que estos principios se ciñen a investigación y juicio, o sea: a) inocencia, cuyo respeto importa, entre otras garantías, el menor uso posible de medidas que supongan una limitación de la libertad del inculpado, a las que se podrá acudir sólo con miras estrictamente procesales; b) *nemo tenetur se ipsum accusare*, como derecho del inculpado a guardar silencio sobre la imputación, a no autoinculparse y a confrontar todas las pruebas que se esgrima en su contra; c) imposición de toda la carga probatoria al órgano acusador; d) legalidad en la obtención y producción de la prueba, con la consiguiente ilicitud de las sonsacadas con medios coactivos o engañosos y, en general, las conseguidas violando garantías elementales de un Estado de Derecho; e) racionalidad en su valuación, lo que implica proscribir pruebas privilegiadas, eventuales premios concedidos a quien acusa o delata a sus compañeros de consorcio criminoso –o por presentarse como "testigo" en su contra– y, yendo más allá, toda manifestación, vieja o nueva, de la antigua *talla* con su carga de corruptelas sin cuento, y f) fundamentación material de las sentencias definitivas y demás resoluciones de mérito, que representa una exigencia constitucional en los ordenamientos más conscientes del trasfondo político del proceso, como Italia –de lo que viene que la discrecionalidad judicial, allí donde la ley la concede, jamás es arbitrio, sino esa "facultad vinculada" de que habló Franco Bricola–.

mente, ampliar el espectro de la detención y la prisión preventiva. Mas todo esto pertenece a las modificaciones recientes a la legislación penal y procesal penal del país, asunto que tratamos a continuación. Es allí donde se inscribe y explica la contrarreforma, ya no más sólo acariciada por los enemigos del proceso acusatorio, sino derecha y decididamente *in actu*.

5. Modificaciones penales y procesal penales de los últimos años

Quien se adentre en la reforma penal ocurrida en Chile durante el último decenio, se sentirá embargado por una cuádruple impresión.

Primero, el espectáculo cuantitativo. La batería de disposiciones sancionadas en el período (2000-2009), que sólo en el caso del Código penal asciende a veintiuna leyes modificatorias, es considerable. Luego, su alcance sistemático, como quiera que las innovaciones remecen tanto el Derecho codificado como el de suyo nutrido que vaga extramuros de él. En seguida, lejos de reflejar el tránsito de un ordenamiento autoritario a otro liberal en el Derecho político, las reformas mantienen inalterado el clima del primero y en no pocos casos intensifican su atmósfera. De lo que viene el último rasgo de este atormentado proceso, que evidencia una espiral de progresiva severidad.

Donde el ademán de rigor toca su cota máxima es en el sistema de penas. Aquí no hay asomo de medios que reemplacen las privativas de la libertad, todavía de mayoritaria aplicación, sino, al contrario, muestras de endurecimiento de un arsenal punitivo por demás draconiano. La Ley número 19.927, de 14 de enero de 2004, agrega al sistema del artículo 21 la inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con menores de edad, pena que se extiende de tres a diez años contados desde que el sujeto cumplió la principal. Por su parte, la Ley número 19.734, de 5 de mayo de 2001, suprime la pena de muerte para el Derecho penal común y, en su lugar, coloca el que hoy encabeza el artículo 21, a saber, un presidio perpetuo "calificado", cuya característica consiste en que el condenado no puede optar a la libertad condicional antes de transcurridos cuarenta años de encierro –no veinte, como ocurre con los demás presidiarios–, ni beneficiarse de permisos de salida, amnistías e indultos.

El grueso de las modificaciones concierne a los libros II y III del Código. La Ley número 20.066, de 7 de diciembre de 2005, ordenó

considerar las lesiones de ínfima entidad producidas entre allegados y parientes, hasta ese punto constitutivas de contravención, como delito agravado (artículos 494, número 5.°, y 400), reservándose para sí, en su artículo 14, como figura de recogida, el delito de maltrato habitual, un tipo de autor dirigido contra la personalidad del maltratador. Otro impulso del prurito represivo macula el régimen de los delitos contra la libertad sexual, que ya habían sido objeto de una profunda revisión en 1999. La Ley número 19.927 equipara a la violación de una persona la introducción de objetos o animales en las cavidades vaginal, anal u oral, empina las penas de los abusos sexuales, multiplica las modalidades típicas de la corrupción de menores, perpetúa la desproporción de las puniciones de la prostitución de jóvenes adultos y adiciona dos delitos sin precedentes en el Derecho interno: el trato carnal por precio con adolescentes y la tenencia de material pornográfico en cuya elaboración se utilizó a menores de edad (artículos 367 ter y 374 bis, un nuevo tipo normativo de autor). También las infracciones contra derechos patrimoniales, una materia que ha sido objeto de constantes mudanzas, comparecen en este contexto. La Ley número 19.950, de 5 de junio de 2004, aprobada con el inequívoco propósito de reaccionar contra los autores de hurtos de bagatela perpetrados en supermercados y otros grandes establecimientos comerciales, redujo el valor del objeto material del hurto como delito a media unidad tributaria mensual,[26] repuso la pena de prisión para el hurto como falta y previó para éste, en fractura de las reglas de los delitos veniales, el castigo de la reincidencia y la tentativa (artículo 494 bis). A tal manifestación de tutela privilegiada para los intereses de ciertos sectores de los medios urbanos, hizo pronto *pendant* otro cambio, dictado esta vez por reclamos procedentes del mundo rural. La Ley número 20.090, de 11 de enero de 2006, concede autonomía y aumenta las penas del abigeato, incluso si la apropiación recae en una sola pieza de ganado (artículos 448 bis-449). Tampoco la protección penal de bienes del Estado escapa al alud de trasformaciones. Es la hora del cohecho y de algunos delitos contra la Administración de Justicia. El primero, que hubo de experimentar una operación de remozamiento global en 1999, se amplía para abarcar las prácticas corruptas con funcionarios extranjeros u organismos públicos supraestatales, en

26. Artículo 446, número 3.°. El factor económico de reajuste equivale a la fecha en que escribimos estas cuartillas (diciembre de 2009) a unos cuarenta dólares norteamericanos, aproximadamente.

el marco de actos internacionales de comercio (artículos 251 bis y ter), y en los segundos se mejora la redacción del falso testimonio, castiga por primera vez la pericia o interpretación falsas y confiere un acento comisivo al tormentoso régimen del delito de obstrucción de la justicia (artículos 206-212 y 269 bis). Por último, la Ley número 20.028, de 5 de enero de 2005, sucumbe a la seducción de crear delitos *de sospecha* con la inclusión, en el capítulo de los fraudes y exacciones ilegales, de la dudosa figura del enriquecimiento ilícito de empleados públicos (artículo 241 bis), pese a que en los países donde preexistía, como Argentina, Colombia y Perú, levanta hace tiempo ásperas críticas.

El Derecho penal no codificado fue en todo el arco del siglo XX el terreno predilecto para la reforma. Las razones saltan a la vista. No es fácil intervenir el plan, la arquitectura técnica y, sobre todo, la armonía axiológica del Código, especialmente cuando se trata de nuevos intereses merecedores de tutela o –lo que ha sido más frecuente– apurar cambios al calor de condicionamientos episódicos. Si no se ha llegado en Chile a una auténtica descodificación de la atroz materia, el hecho es que aquel empeño engendró un Derecho penal especial voluminoso, complejo, innecesario e inconveniente. Sus disposiciones tienden a solaparse con las codificadas, demérito que genera supuestos de derogación tácita o complejos concursos y, lo que cuenta más, descalabran la significación jerárquica de los bienes jurídicos. El corrosivo proceso se intensifica en el decenio examinado, hasta el punto de que ni siquiera el criminalista está en posición, no digamos de estudiarlo como es debido, sino simplemente de abocetarlo.

En primer lugar, fueron incrementadas las condiciones que puede imponer el tribunal al sujeto beneficiado con alguno de los substitutivos de las penas cortas de privación o restricción de la libertad (condena de ejecución condicional, reclusión nocturna y libertad vigilada) en ciertos delitos, mientras que en otros se extiende el período de cumplimiento de la prisión, de la mitad, que es la regla general, a dos tercios de la condena, para que el reo aspire a la libertad condicional. Como contrapartida, la Ley número 19.856, de 4 de febrero de 2003, pergeña un sistema de reducción de las condenas en razón de dos o tres meses por cada año de cumplimiento, tratándose de presos que demuestren *intra muros* una conducta sobresaliente. Esta forma de redención penal, semejante a la *liberazione anticipata* del Derecho italiano, está sometida a un procedimiento administrativo de calificación donde la última palabra la tiene el ministerio de justicia. La falta de jurisdiccionalización y el hueco

de legalidad en la aplicación de las penas privativas de la libertad siguen intactos. El cambio sin duda más importante en este panorama es que Chile abandonó el modelo de la pedagogía correccional para enfrentar el problema de la delincuencia juvenil, abriéndose al de la responsabilidad penal mediante la Ley número 20.084, de 7 de diciembre de 2005, con la que se dio cima al deseo, muy acariciado por las capas dominantes, de imponer penas a los jóvenes adultos.[27] Se dispone, asimismo, de una ley relativa al tráfico ilícito de estupefacientes y sus epifenómenos, que viene a ser la quinta desde que el tema se introduce al ordenamiento en 1969. En la "ruta progresiva del autoritarismo", como la llamó Rivacoba y Rivacoba, la Ley número 20.000, de 16 de febrero de 2005, con sus penas abiertamente desproporcionadas, el adelantamiento del castigo a meros actos preparatorios y resoluciones manifestadas, la cancelación del deslinde entre autoría y participación, el amparo de las actividades de agentes provocadores, los premios a delatores y soplones, etc., es sólo un paso más en la tarea de resquebrajar el edificio, todavía en paciente e inconclusa construcción, del Estado de Derecho. En fin, nuevas figuras delictuosas o el remozamiento de las existentes se abren paso sin orden ni concierto en los argumentos más dispares –procedimientos de adopción, contrabando, fraudes tributarios, mercado de valores, control de armas, seguridad del Estado–. Sólo un delito fue derogado en el período que nos interesa, la ejecución o celebración de hechos, actos o convenciones que tiendan a impedir la libre competencia, hoy convertido en infracción administrativa por la Ley número 19.911, de 14 de noviembre de 2003. Huelga manifestar a quiénes favorece la despenalización de este delito económico y cuál es el concepto de concurrencia que impera en el país. Algo semejante cabría preguntarse respecto de la recentísima Ley número 20.393, de 2 de diciembre de 2009, que admite por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero únicamente por los delitos de blanqueo de activos patrimoniales, financiación del terrorismo y cohecho, que son apenas una parte de las fechorías cometidas por los representantes de los entes colectivos y, desde luego, no la más grave y frecuente.

A su turno, las modificaciones al Código procesal penal, producto de la friolera de catorce leyes –aprobadas en el arco de sólo siete años desde el inicio de la vigencia del novel texto–, se proponen como tarea

27. Algunas de clamorosa inhumanidad, como la de internación en régimen cerrado, que puede durar diez años.

desmedrar el estatus jurídico del inculpado al interior de la instrucción, ora concediendo poderes acrecentados a la policía, ora reduciendo las exigencias de valoración impuestas a los jueces de garantía en su cotidiana labor de velar por los derechos de aquél. Vayan de ello algunos ejemplos espigados de la balumba de reformas.

El control de identidad exhibe bien cuatro modificaciones. Hoy se autoriza para ejecutarlo sobre personas de las que la policía sospeche la comisión o los actos preparatorios de una mera falta, no ya de un crimen o simple delito (como ocurría antaño), pudiendo al efecto proceder al registro de las vestimentas, del equipaje y vehículo del individuo, y mantenerle detenido por espacio de ocho horas.[28] Es la reviviscencia de la desacreditada detención por sospecha, institución característica del absolutismo político y que había sido expelida del proceso penal durante la última fase de la inquisición vernácula. Se robustece, asimismo, los poderes de la policía en casos de flagrancia, una verdadera obsesión de la hora. El Código permitía solamente la citación, prohibiendo la detención y otras medidas cautelares que comprometan la libertad del imputado, cuando quiera que se trate de faltas o delitos no penados con prisión. Desde 2002 es factible detener al sorprendido en comisión flagrante de simples contravenciones, algunas de tan ínfima entidad como los daños culposos causados en la propiedad ajena. No nos agriemos el ánimo hablando del concepto de flagrancia que maneja el legislador,[29] cuya crítica, a este punto, tampoco resulta imprescindible para captar el quiebre que padece el principio sobre el cual se construyó el sistema de medidas cautelares, la proporcionalidad, un derivado de la racionalidad de las leyes penales. Como contrapartida, se relaja la disciplina

28. El plazo original era de cuatro. La última modificación al artículo 83 del Código, que viene a ser la cuarta introducida al artículo, lo elevó a ocho horas. De ella es responsable de la Ley número 20.253, de 11 de marzo de 2008.

29. De suyo amplio, el concepto ha sido dilatado por la Ley 20.253, que interpreta auténticamente el giro "tiempo inmediato" a la perpetración del delito, en el artículo 130 del Código, como "todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado", con un límite máximo de doce horas. Puesto que flagra aquello que resplandece o arde como el fuego o la llama y, en el mundo del Derecho, el delito que ocurre o se está cometiendo actualmente, se comprenderá que esta flagrancia sólo posee de tal el atentado que perpetra contra el concepto propio de flagrancia, hoy desvirtuado para dar *mano forte* a la policía.

del allanamiento de lugares cerrados, una diligencia que exige, como regla general, la autorización del juez o el consentimiento del morador. La policía puede proceder por sí misma sólo si llamadas de auxilio de quienes habitan allí u otros signos indiquen a las claras que se está perpetrando un delito. He aquí, empero, que en el de abigeato podrá actuar libremente con el único mérito de indicios o sospechas y si la demora en obtener la autorización para entrar al predio haga temer la "concreción" del hurto de ganado o la impunidad de sus autores.[30]

Asaz inquietantes son las repetidas alteraciones de la prisión preventiva. El Código facultó disponerla bajo el supuesto de que otras medidas cautelares de carácter personal fuesen insuficientes para asegurar las necesidades del procedimiento. El límite estaba destinado a tener corta vida. Desde 2005 se la permite, además, en salvaguarda de la seguridad del ofendido o de la sociedad, un *quid* por definición ajeno al proceso, es más, extraño al Derecho penal en su conjunto, y con el que se devuelve al encierro provisional el temido carácter de pena sin condena que ostentó sin contraste durante las décadas de la inquisición, sólo que ahora fulminado contra individuos que el juez estime *peligrosos*. Este quiste de positivismo naturalista, a fuer de trasnochado e inaceptable ante el tribunal de la ciencia, no figura entre los requisitos a que el Derecho internacional subordina la excepcional procedencia de la medida cautelar, *v. gr.*, la Convención americana de derechos humanos y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Y no basta. El artículo 141 prohibía irrogarla cuando resultase desproporcionada frente a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la pena probable. La cláusula de *última ratio* desaparece en 2005. Igualmente, si antes no había posibilidad de decretar la prisión por delitos sancionados con penas pecuniarias, de interdicción o privativas de la libertad no superiores a 540 días, el abanico se redujo sólo a las dos primeras, en circunstancias que las estadísticas judiciales arrojan anualmente, como cifra global de las penas irrogadas por los tribunales del país, un veinte por ciento de sanciones pecuniarias y un ochenta por ciento de formas de encierro (las de interdicción, a su turno, son rarísimas como pena

30. Hasta el lenguaje que emplea hoy el artículo 206 del Código delata el clima de ambigüedad en que se mueve el fortalecimiento buscado para la discrecionalidad policial. En castellano, *concretar* algo equivale a darle precisión, sacarlo de la vaguedad o abstracción en que hasta ese momento versó; por ende, en modo alguno es sinónimo de consumar una tarea ya emprendida, como etapa conclusiva de una progresión, en este caso, criminosa.

única de los delitos). Para que nada falte, la caución que puede reemplazar la prisión preventiva, resulta ahora improcedente si se la decretó en salvaguarda del ofendido o de la sociedad. Materialmente hablando, pues, será muy difícil que un juez acoja el ruego de excarcelación de la defensa. Zozobras análogas atormentan a las restantes medidas cautelares personales, como el arraigo y la detención domiciliaria, hoy factibles si se estima que el inculpado representa un peligro para la seguridad de los demás. En otras palabras, un cálculo de imposible realización al ingenio humano –tanto más inalcanzable con los toscos medios y breves plazos del procedimiento penal–, o sea, saber qué hará en el futuro un hombre, se utiliza como mecanismo de profilaxis social.

Los poderes autónomos de los órganos de la investigación vuelven a alzar cabeza a propósito de los exámenes corporales, como pruebas biológicas, muestras de sangre, etc. El Código exigía al fiscal recabar en todo caso la autorización judicial, hubiese o no consentimiento del imputado. Esto pasó raudamente al Derecho histórico. Ahora el ministerio público o la *policía* pueden ordenar el examen si el individuo consiente en él, debiendo obtener la autorización del juez sólo de haberse negado aquél a la diligencia. Esta no es manera de resguardar el derecho del último a recibir cumplida información acerca de los alcances autoincriminatorios de un asunto cuyos resultados se usará como prueba en su contra, en grosera infracción del *nemo tenetur se ipsum accusare*. Atendida su situación procesal, es ilusorio suponer que se opondrá a la medida, según destacan Horvitz y López en su crítica a la redacción actual del artículo 197 del Código.

Las cosas no acaban aquí. La Ley 20.253, generada por una iniciativa gubernamental a la que se llamó con el extraño nombre de "agenda corta" contra la criminalidad, pero que devino de larga tramitación –cautela digna de elogio en las cuestiones penales–, amén de corta de entendimiento en su origen, discusión y desenlace final, consumó el proceso de contrarreforma. Ya dijimos que ella permite a la policía mantener detenida durante ocho horas a la persona cuya identidad es objeto de verificación. Esta fe en la policía es compensada por un agudo recelo en los jueces de garantía, sea por tornarse apelable la resolución de declara ilegal una detención por alguno de los delitos comprendidos en el sílabo que exhibe hoy el Código,[31] sea por el deber de aceptar la formalización de una inves-

31. Artículo 132 bis. Que algunos sean graves y otros decididamente no, como el tráfico de estupefacientes, es asunto que nada tiene que ver con el hecho

tigación precedida por la detención ilegal –a la que harán escolta medidas cautelares fundadas en prueba también contraria a Derecho[32]–, sea por el endurecimiento de la prisión preventiva, etc., etc. Que así el campo quede abierto a que la policía sea la real fuerza de conformación del Derecho, como previno Walter Benjamin en su célebre estudio sobre la violencia, que de todo esto salga ganancioso el Estado de Derecho o el Estado de policía, eso lo dejamos a la apreciación del lector.

6. Recapitulación y balance

Dimos comienzo a esta reseña manifestando que la codificación del Derecho y proceso penales presenta en Chile una estabilidad que lo divorcia de la manía reformadora que domina la materia criminalista en los países iberoamericanos. Pues bien, queremos reafirmar nuestro punto de vista, precisamente porque nuestra relación, con la masa de modificaciones de que informa, pudiera hacer sospechar que el Estado chileno no se substrajo ni escapa tampoco en estos días a la voracidad legiferante.

Sin embargo, esta es sólo una apariencia. El proceso de codificación de las grandes áreas del Derecho, realizado durante la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, ofrece en una mirada de conjunto una terca resistencia a los intentos de revertir mediante una reforma global unidades ya aseguradas. El espíritu conservador de la sociedad, su mentalidad insular, pero especialmente el orgullo de los juristas por cuerpos normativos que ellos consideran monumentos de civilidad –sentimiento mezclado con el recelo ante las transformaciones y cierta pereza ante la sola representación de tener que estudiar un Código de nueva hornada–, han dificultado considerablemente, en todo orden de cosas, la renovación de las instituciones jurídicas y dilatado *sine die* el reemplazo de los Códigos, casi todos de innegable decrepitud. El Código procesal penal

de ser antijurídica la detención del sujeto al que se atribuyan; pero la libertad inmediata de éste queda vedada mientras el tribunal de apelación, que no tendrá un contacto directo con la prueba de las circunstancias en que fue detenido, decida la suerte del infeliz.

32. La Ley 20.253 no puede ser más clara sobre el particular. El artículo 132 del Código prescribe ahora que la declaración de ilegalidad de la detención carece del efecto de cosa juzgada respecto de las ulteriores solicitudes de las partes en orden a excluir del juicio oral las pruebas declaradas nulas u obtenidas con infracción de garantías fundamentales.

no es una excepción, tanto por la larga vigencia del que lo precedió –ya dijimos que la aberración de su estructura siempre tuvo partidarios, que se dieron maña para justificarla recurriendo a la tradición–, cuanto porque la empresa de aprobarlo fue posibilitada por contingencias que no se reúnen a menudo –el hórrido recuerdo de los crímenes del aparato dictatorial y una inédita conciencia del abismo existente entre los Derecho interno e internacional–. Tan circunstanciales resultarían dichos factores, que muy pronto volvería a flote el proceso inquisitivo, engrosando con una plétora de incrustaciones los elementos iliberales que afearon el texto desde el principio. Por modo que la inquisición dista mucho de ser el modelo periclitado que pudiera suponer el estudioso extranjero. Al contrario, es un muerto que goza de buena salud, porque hinca sus raíces en capas profundas de la mentalidad nacional.

Comparado con los Códigos procesales, el penal luce una inspiración harto más liberal y garantista, por demás propia de la época en que se dictó. No obstante, las mismas fuerzas que defendieron y sustentan prácticas inquisitivas, conseguirían reobrar prontamente en el documento de 1874, endureciéndolo y deformándolo en una secuencia que continúa en nuestro tiempo. Tampoco es casual que los respiraderos de humanidad, trabajosamente abiertos en el desfile de reformas cuya tónica ha sido un talante adusto, proviniesen de leyes especiales. Su aprobación no tocaba el articulado del Código y, sobre todo, la posibilitaron episodios en que fueron fugaz mayoría fuerzas políticamente avanzadas, en vez de las oligárquicas que han escrito desde arriba la historia jurídica y política del país.

Un jurisconsulto de reconocida trayectoria liberal tiene escrito que "la sociedad chilena es (...) extremadamente conservadora en valores y hábitos; no otorga ni a la democracia ni a los derechos individuales gran consideración; carece de verdadera cultura de debate público y ofrece una enorme concentración en la propiedad de los medios, que exhiben, en general, una misma postura ideológica. El tema de la seguridad ciudadana o de la seguridad pública es puesto con gran profusión en las primeras planas de la actualidad y lleva a que los parlamentarios, siempre ávidos del reconocimiento electoral, compitan por transformarse en campeones de la materia, disputándose entre sí quién propone reformas más restrictivas".[33] Salvo instantes de excepción, cuando

33. Por ende –concluye Tavolari Oliveros–, "se podrá comprender que las iniciativas encaminadas a restringir las libertades públicas tienen siempre posibilidades de éxito".

conciencias disidentes de este estado de cosas logran materializar en la legislación punitiva su credo racionalista e igualitario, la descrita es la imagen permanente de la vocación penal y procesal penal del país. Su signo, un liberalismo conservador de tendencia autoritaria; su base, una sociedad excluyente que atrapa en las redes de la justicia penal a las víctimas de políticas sociales equivocadas o perversas; su afán, la seguridad de las personas a costa de la inseguridad de quienes comparecen como reos en la sala de justicia; su producto, la estabilización duradera de los Códigos en lo que poseen de severidad, de incomprensión hacia los extraños, de cercenamiento de los derechos de los malos ciudadanos. *Finis coronat opus*. La cadena invisible que liga el fin de las cosas con su principio, allí donde encuentran la profunda dimensión de su realidad, halla confirmación en cada uno de los eslabones que nos reconducen desde la atribulada actualidad a la primera reforma del Código penal y al año en que se sancionó el de procedimientos criminales.

2
Caminhos do direito penal brasileiro

MIGUEL REALE JÚNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O artigo trata da evolução do direito penal brasileiro, analisando criticamente a resposta penal à criminalidade no Brasil, sob o ponto de vista das sanções impostas e das técnicas legislativas de tutela.

PALAVRAS-CHAVE: Pena privativa de liberdade – Reforma da parte geral do Código Penal – Juizados especiais criminais – Penas restritivas de direitos – Lei dos crimes hediondos – Legitimidade do direito penal.

ABSTRACT: The article shows the evolution of the Brazilian Criminal Law, with a critical view on how it deals with criminality in Brazil, under the spectrum of the sanctions and techniques used in Court protection.

KEYWORDS: Deprivation of freedom – Criminal Code reform – Special Criminal Courts – Restrictive rights – Law on heinous crimes – Legitimacy of the Criminal Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Quebra do monopólio da pena privativa de liberdade: 2.1 Prisão albergue; 2.2 As moções de Friburgo e de Goiânia; 2.3 A Lei 6.106/1973; 2.4 A Lei 6.416/1977; 2.5 A nova Parte Geral; 2.6 A Constituição Federal de 1988; 2.7 A lei dos Juizados Especiais Criminais; 2.8 A Lei 9.714/1998; 2.9 O projeto de Parte Geral de 2000; 2.10 Lei de Drogas – 3. Terror penal: 3.1 Lei dos Remédios e Cosméticos; 3.2 O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD); 3.3 Valor simbólico – 4. Conclusão.

1. Introdução

Edward Carr, em seu trabalho sobre o que é a História, com razão, contestava que pudesse haver um núcleo duro de fatos históricos existentes objetivamente a ser objeto de interpretação isenta do historiador.[1] Por outro lado, alertava para o erro de se pensar que objeto da investigação fosse o pensamento do ator ou autor do fato histórico, pois o que cumpre examinar é o que subjaz ao ato.[2]

Da combinação destes dois enunciados surge para mim uma situação especial, pois se ao historiador distante dos fatos estes não surgem como dados objetivos que permitam uma interpretação isenta, de vez que há sempre uma visão pessoal do historiador, a ponto de se poder, com certo exagero, elucubrar que a história é o que o historiador vê, no meu caso, agora, este quantum de subjetividade torna-se ainda maior. Maior porque se cabe buscar o que está subjacente ao fato e não na intenção, na mente, do ator do fato, sendo eu um dos atores de grande parte dos fatos a serem "historiados", a objetividade exigível torna-se ainda mais complexa e me impede de dizer que farei história estritamente objetiva.

Assim, devo alertar que a perspectiva a ser por mim dada, se não cumpre a necessária isenção, pois, na verdade, antes prestarei um depoimento pessoal em segmento relevante do trabalho, no entanto, terá por base construções normativas e orientações doutrinárias que permitirão colher-se, com alguma confiança, dados explicativos da evolução legislativa. Assim, será apresentada uma visão de quem participou da elaboração de muitos anteprojetos de lei que fazem parte da história a ser contada e que será contada, portanto, com uma carga significativa de subjetividade, mas sem se descolar de fatos reais.

Esta subjetividade já se revela na escolha do ponto de partida dessa história, bem como dos aspectos a serem abordados: a queda do monopólio da pena privativa de liberdade foi tomada como momento inicial deste relato, para logo ao depois, em contraposição, destacar-se o movimento em favor de aumento da repressão penal, que foi alcunhado por René Ariel Dotti como "terror penal", e que gerou uma variedade de leis motivadas pela demagógica "ilusão penal".

1. Carr, Edward H., *Que és la historia?* , trad. Joaquín Romero Maura. Barcelona: Ariel, 1961, p. 16.
2. Idem, p. 69.

Por outro lado, cabe-me lembrar nesta Introdução que a vida na sociedade contemporânea trouxe à baila uma nova criminalidade objeto de leis especiais e de anteprojetos de Parte Especial do Código Penal, com a tipificação de crimes econômicos, a englobar os crimes tributários, financeira e os contra a livre concorrência e a lavagem de dinheiro, que denomino de crimes de gabinete, em manifesto expansionismo penal. Será, contudo, na dimensão deste trabalho impossível discorrer sobre matéria tão vasta, na qual se multiplicaram os tipos de perigo abstrato.

Em uma visão de multiplicidade das fontes do direito, não seria possível deixar de mencionar nesta Introdução a contribuição da Doutrina por meio das monografias recentes de uma nova geração de mestres e doutores, abordando temas controvertidos em trabalhos sérios de pesquisa e de crítica construtiva.[3] Apenas alguns destes trabalhos, relativos aos assuntos que serão tratados, serão citados em nota de rodapé como referência ao leitor interessado em nossa produção científica.

Outra característica a ser apenas lembrada nesta Introdução está na atuação nas duas últimas décadas de centros de estudos de Ciências Criminais, em instituições sem cunho universitário, produtoras, ao longo do tempo, da publicação de boletins, de revistas especializadas, de livros, promovendo ciclos de palestras e congressos. Permito-me destacar o papel importante realizado por entidades como o IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, a Associação de Professores de Ciências Penais, o ITEC – Instituto Transdisciplinar de Ciências Criminais, e o Instituto Carioca de Criminologia, que editaram ao longo do tempo importantes revistas[4] que constituem as principais fontes de atualização e pesquisa, longe dos manuais que pululam em nossa terra para atender aos estudantes de direito das mais de mil faculdades existentes.

3. A extensão deste artigo impede que se analise outra importante vertente do atual Direito Penal brasileiro, relativa aos crimes de gabinete, a saber o Direito Penal Econômico em sentido lato, compreendendo os ramos tributário, financeiro, mercado de capitais, concorrência, com volumosa e atécnica legislação, ao lado de significativa produção doutrinária e jurisprudencial. Fica esta importante faceta reservada para outro trabalho.
4. O IBCCrim edita, além de boletim, a *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; A Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais edita a revista *Ciências Penais*; O Itec publica a Revista *Estudos Criminais*; o Instituto Carioca de Criminologia publica a revista *Estudos Sediciosos*.

2. Quebra do monopólio da pena privativa de liberdade

2.1 *Prisão albergue*

Pouco se preocupavam os penalistas em alterar o sistema de penas, antes atentos à análise da natureza jurídica dos institutos do Direito Penal, esquadrinhando temas como *tentativa, nexo causal, coautoria, resultado*, ou imersos na imensa tarefa de elucidar a estrutura do crime, com a indagação sobre o caráter causalista ou finalista do comportamento humano e seus reflexos sobre o modo de relação entre os elementos do crime.

Assim, fora o surgimento no anteprojeto Nelson Hungria das figuras do criminoso habitual e do criminoso por tendência, com a imposição de pena relativamente indeterminada, pouco se inovou em matéria de sistema de penas nas versões dos anteprojetos de Nelson Hungria e depois no Código Penal de 1969 (Dec.-lei 1.004/1969), que primava pela manutenção do monopólio da pena privativa de liberdade, a ponto de se perseverar em conceder o *sursis* tão somente aos crimes apenados com detenção.

Como já referi em anteriores trabalhos,[5] foi a prisão albergue medida inovadora vinda da magistratura paulista com vistas a arejar o vetusto sistema monopolista da pena privativa de liberdade. Contornando a dificuldade dos limites estritos do Código Penal de 1940, primeiramente os juízes de primeira instância e depois o próprio Conselho da Magistratura adotaram o entendimento de que se poderia fazer raciocínio analógico a partir da admissão do trabalho externo, previsto no art. 30, § 1.°, do CP, para se concluir que a pena poderia ser cumprida com o condenado cumprindo seus misteres normais em liberdade, recolhendo-se à noite à cadeia.

O quadro de possíveis beneficiários desta inovação foi se ampliando pelas Resoluções do Conselho Superior da Magistratura, instituindo-se, como frisei anteriormente,[6] um "Direito dos Juízes", que teve antes efetividade do que legalidade formal, fruto de normas gerais ditadas pelo TJSP.

5. Nosso, *Novos rumos do sistema crimina*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 12; *Mens legis* insana, corpo estranho, na coletânea *Penas restritivas de direitos – críticas e comentários às penas alternativas – Lei 9.714/1998*, São Paulo: ed. RT, p. 23 e ss.

6. *Mens legis* insana, corpo estranho... cit., p. 29 e ss.

O primeiro provimento a regular a prisão albergue, o Prov. 16/1965, ao qual se seguiram o Prov. 25/1966 e o Prov. 92/1975.[7]

No Prov. 112 ponderava-se que o sistema de prisão albergue vinha sendo um sucesso em diversos países, devendo-se, portanto, conceder o benefício a todos os condenados de nenhuma ou escassa periculosidade, cuja pena não fosse superior a três anos e um dia. Argumentava Alípio Silveira que a medida penal da prisão albergue trazia inúmeras vantagens,[8] por continuar o condenado a receber sua remuneração normal, não se desprofissionalizar, ter vínculos com a família, pequeno custo para a Administração e exigir esforço do sentenciado, pois é uma prisão de todo dia e neste sentido deve ser retributiva e educativa.

Introduzia-se, portanto, ao lado da quantidade de pena, como critério para a concessão da prisão albergue, o critério subjetivo da "nenhuma ou escassa periculosidade", que como se verá, veio a ser a pedra angular do sistema de penas da Lei 6.416/1977.

Por outro lado, justificava-se a adoção da prisão albergue como meio de se evitar os efeitos negativos do aprisionamento e de outro concorrer para a recuperação dos condenados pela exigência do trabalho. Manoel Pedro Pimentel destaca a grande vantagem da prisão albergue na permissão do condenado "viver e trabalhar como se fosse um homem livre."[9]

Com base nos provimentos, em São Paulo, chegou-se a instalar 80 casas de albergado, com amplo apoio do Estado e da comunidade, que depois veio a faltar.

2.2 *As moções de Friburgo e de Goiânia*

Em março de 1971, em Encontro de Secretários de Justiça e de Presidentes de conselhos penitenciários, na cidade de Friburgo, foram apresentadas várias sugestões para a modificação do sistema de penas do

7. Sobre a Prisão Albergue, consulte-se SILVEIRA, Alípio, *Prisão albergue, teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Eud, 1973; MEDICI, Sérgio de Oliveira. *Prisão-albergue*. São Paulo: Jalovi, 1979; PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Ed. RT, 1983. Veja-se, também, a resenha do livro de Alípio Silveira de autoria de René Ariel Dotti, na *Revista de Direito Penal* 13-14/93, São Paulo: Ed. RT, jan. 1974.

8. SILVEIRA, Alípio, *Prisão albergue*... cit., p. 146.

9. PIMENTEL, Manoel Pedro, *O crime e a pena na atualidade*... cit., p. 146.

Código Penal de 1969, cuja vigência vinha sendo adiada. Destaca-se a ofertada por membros do Ministério Público (Antonio Carlos Penteado de Moraes, Francisco Papaterra Limongi) e pelo então presidente da Aasp, Diwaldo Azevedo Sampaio. Deste encontro foi emitida a denominada Carta de Friburgo,[10] na qual, como lembra René Dotti, explanava-se: "As falhas do nosso sistema penitenciário são devidas, antes de mais nada, ao anacronismo de nossa legislação penal e processual penal, presas ainda à idéia de ser a pena de prisão o remédio indispensável ao tratamento do criminoso de qualquer grau de periculosidade e seja qual for a gravidade do delito".

Em face destas conclusões, em maio de 1972, propuseram estes promotores acima nomeados, em conjunto com os membros do TACrimSP, Manoel Pedro Pimentel, Prestes Barra e Azevedo Franceschini, ao Ministério da Justiça modificação do sistema em vigor, apresentando anteprojeto[11] que influenciou o envio de projeto de lei, que se transformou na Lei 6.016/1973 (posteriormente revogada pela Lei 6.578, de 11.10.1978), a que adiante será mencionada.

Na exposição de motivos deste anteprojeto, mencionava-se a moção de Friburgo como crítica ao fato de se erigir as penas privativa de liberdade e de multa como penas principais, razão pela qual propõem que deve ir para a prisão fechada apenas o indivíduo perigoso, independentemente do crime praticado, devendo ficar em regime menos rigoroso o portador de escassa ou nenhuma periculosidade.

Assim, ao lado do estabelecimento penal fechado (art. 39), previa-se o estabelecimento penal aberto em regime de semiliberdade. Além do mais, pela vez primeira surgia, no Brasil, a idéia de se elevar à categoria de pena principal a pena de Interdição de Direitos (art. 46)que poderia ser aplicadas isoladamente em substituição à pena privativa de no máximo três anos de prisão. A pena de prisão não superior a seis meses poderia ser substituída pela pena de multa (art. 54).

Em setembro de 1973, como homenagem ao cinquentenário da morte de Rui Barbosa, realizou-se em Goiânia importante Seminário

10. Reale Jr., Miguel; Dotti, René Ariel; Andreucci, Ricardo; Pitombo, Sérgio Moraes. *Penas e medida de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, p. 4 e ss. O primeiro capítulo, denominado "Notícia Histórica", foi escrito por René Ariel Dotti.

11. O anteprojeto, com exposição de motivos, foi publicado no primeiro número da *Revista Ciência Penal*, São Paulo: Bushatshy, 1973, p. 139 e ss.

reunindo os principais expoentes do Direito Penal. Ao final, editou-se a denominada Moção de Goiânia, subscrita, entre outros, por Salgado Martins (RS), Alcides Munhoz Neto (PR), Licínio Leal Barbosa (GO), Raul Chaves (BA), Everardo da Cunha Luna (PE), Virgílio Donnici (PB), Jair Leonardo Lopes (MG), Manoel Pedro Pimentel (SP).

Na Moção de Goiânia,[12] proclamava-se: "6 – Dada relativa inadequação da pena privativa de liberdade para os fins de retribuição do delito e de ressocialização do delinquente, recomenda-se: a) limitação do uso da privação da liberdade aos casos de penas mais graves e aos condenados realmente perigosos; b) adoção, para os condenados de escassa ou nenhuma periculosidade do regime de prisão aberta e prisão albergue; c) ampliação do sursis e do livramento condicional, além de outras medidas substitutivas da pena de prisão".

2.3 A Lei 6.106/1973

Em outubro de 1973, o governo enviou ao Congresso projeto de lei,[13] modificativo do sistema de penas do Código Penal de 1969, ainda não em vigor, frisando na Exposição de Motivos, o então Min. Alfredo Buzaid, que no art. 40 acrescenta-se a "figura da prisão albergue para conceder ao condenado o favor de poder trabalhar fora do estabelecimento, com o obrigatório recolhimento noturno" com o que se sancionavam afirma o Ministro, os excelentes resultados práticos de São Paulo e do Rio Grande do Sul, "para reservar o cárcere fechado somente para o delinquente perigoso".

Além da inclusão da prisão albergue, o projeto estendia, no art. 70, o *sursis* para as penas de reclusão.

No projeto, não se aproveitou a sugestão do anteprojeto acima lembrado de promotores e juízes do TACrimSP no sentido de se inovar elevando a pena de interdição de direitos à condição de pena principal, o que foi objeto de emenda proposta pelo então senador Franco Montoro, mas não aprovada.

12. Donnici, Virgílio. *O criminólogo Manoel Pedro Pimentel*, na coletânea *Estudos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*, Rubens Prestes Barra e Ricardo Andreucci (orgs.). São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 14 e ss. transcreve o teor da Moção de Goiânia.

13. O projeto e sua Exposição de Motivos estão publicados na *Revista de Direito Penal* 11-12/120, São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1973.

Assim, segundo a nova redação do art. 40 do CP de 1969, poderiam, desde o início da execução da pena privativa de liberdade, os condenados de nenhuma ou escassa periculosidade cumprir pena não superior a três anos sob o regime da prisão-albergue.

Foi aprovada emenda no Congresso que acrescentou ao art. 52 os §§ 1.º e 2.º. O § 1.º impunha ao juiz que na sentença declarasse a periculosidade do réu, que poderia ser: I – acentuada se os elementos referidos no *caput*, ou seja, personalidade, meios de execução, motivos determinantes, antecedentes indicavam ter o mesmo inclinação para o crime; II – escassa, quando estes mesmos elementos revelavam "probabilidade de rápida regeneração do agente"; III – nenhuma quando estes dados mostravam a "desnecessidade de emprego de medidas reeducativas".

O projeto foi aprovado em dezembro de 1973. Alterou o Código Penal de 1969, (Dec-lei 1.004/1969) que, no entanto, veio a ser revogado pela Lei 6.416/1977, modificativa do sistema de penas do Código Penal de 1940, enterrando definitivamente o Código imposto por Decreto-lei.

2.4 A Lei 6.416/1977

O projeto de lei enviado pelo governo foi elaborado pela então diretora do Departamento Penitenciário Nacional, a penitenciarista Armiga Bergamini Mioto, e pelo Procurador da República, Francisco de Assis Toledo, sendo relator na Câmara dos Deputados o Deputado Ibrahim Abi-Ackel que relatara a CPI do sistema penitenciário, retrato trágico do meio prisional brasileiro.

O projeto introduzia, na Parte Geral do Código Penal, muitas disposições claramente de caráter executório da pena e delegava para lei estadual ou local a caracterização dos regimes penitenciários, bem como os critérios de passagem de um regime para outro, quando esta matéria era de exclusiva competência de lei federal. Enviado o projeto, na condição de presidente da Aasp, constituí comissão formada por Ricardo Antunes Andreucci e René Ariel Dotti para formular sugestões de emendas, depois apresentadas pelo Senador Franco Montoro.

Levamos Ricardo Andreucci e eu as sugestões da Aasp ao relator e mantivemos reuniões com os autores, Armida Mioto e Francisco de Assis Toledo. As nossas propostas diziam respeito à definição dos regimes e à fixação precisa de critérios para o cumprimento de pena em cada qual dos regimes prisionais, bem como da forma de progressão. Sendo a periculosidade o critério básico para determinar a forma de cumprimento

de pena, seja para estabelecer o regime penitenciário inicial seja para conceder o benefício da prisão albergue ou do *sursis*, propúnhamos que houvesse a *identidade física do juiz*, pois só o magistrado, que presidira a instrução, teria condições de examinar o por si só fluido juízo de periculosidade do acusado.

As nossas sugestões não foram acolhidas, razão pela qual vieram no Senado a serem transformadas em emendas apresentadas pelo senador Franco Montoro. Apenas duas emendas foram acolhidas: a proposta de identidade física do juiz e a revogação por inteiro do Código Penal de 1969.

Apesar de suas insuficiências e da eleição da periculosidade como eixo da aplicação da pena,[14] a Lei 6.416/1977 efetivou, no plano legislativo a quebra do monopólio da pena privativa de liberdade, seja por via do regime aberto, no qual o condenado trabalha livremente durante o dia, recolhendo-se à casa do albergado à noite, seja pela extensão do *sursis* às penas de reclusão.

Verifica-se que as idéias diretoras do pensamento penal, desde a criação da prisão albergue pelos provimentos do TJSP, o primeiro deles de 1965, presidiram a construção da Lei 6.416/1977, ou seja, a neces-

14. Abaixo transcrevo alguns dos artigos da Lei 6.416/1977 que modificou artigos da parte geral do Código Penal:
"Art. 30.
"(...)
"§ 5.º O condenado não perigoso, cuja pena não ultrapasse 8 (oito) anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime semiaberto, desde o início, ou, se ultrapassar, após ter cumprido 1/3 (um terço) dela em regime fechado.
"I – Se a pena não for superior a 4 (quatro) anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime aberto, deste o início, ou,
"*a*) se for superior a 4 (quatro) até 8 (oito), após ter cumprido 1/3 (um terço) em outro regime;
"*b*) se for superior a 8 (oito), após ter cumprido 2/5 (dois quintos) em outro regime.
"II – Observados os termos do *caput* deste artigo e os deste parágrafo, e guardada a separação dos presos provisórios, a pena poderá ser cumprida em prisão da comarca da condenação ou da residência do condenado.
"§ 6.º Deverão ser regulamentadas por lei local ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente, as seguintes concessões a serem outorgadas pelo juiz, a requerimento do interessado, seu cônjuge ou ascendente, ou na falta desses, de descendente,

sidade de romper a solução única da prisão, cujos efeitos deletérios se constatava, para se impor um novo olhar no campo penal, contaminado pelo positivismo jurídico da Escola Técnico Jurídica, voltando-se, então, a atenção para a avaliação dos resultados decorrentes da aplicação da lei, em busca de se dotar de eficiência, em benefício da sociedade e do condenado, a sanção penal.

Destaca-se a meu ver a adoção do critério da periculosidade como determinante da concessão de benefícios, reservando-se a pena privativa apenas aos condenados *perigosos e aos de escassa ou nenhuma periculosidade* permite-se o regime aberto, o *sursis*, a progressão de regime. A periculosidade real consiste, conforme dita o art. 77 da Lei 6.416/1977 na suposição de que venha ou torne a delinquir, ou seja, em uma prognose de atitudes delituosas futuras, bem a gosto do pensamento da Escola da Nova Defesa Social[15] e da orientação promanada do Congresso das

ou irmão, ou por iniciativa de órgão para isso competente, ou, ainda, quanto às três primeiras, também de ofício:
"I – cada um dos três regimes, bem como a transferência e o retorno de um para outro;
II – prisão-albergue, espécie do regime aberto.
"(...)
"Art. 77. Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o agente:
"I – se seus antecedentes e personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir;
"II – se, na prática do fato, revela torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral.
§ 1.º Compete ao juiz que presidir a instrução, salvo os casos de promoção, remoção, transferência ou aposentadoria, para os fins do disposto no § 5.º do art. 30, declarar na sentença a periculosidade do réu, valendo-se, para tanto, dos elementos de convicção constantes dos autos e podendo determinar diligências."

15. Para a nova escola de defesa social a sociedade é defendida apenas se proporciona ao condenado sua readaptação ao meio social, transformando, graças às ciências comportamentais o *criminoso* em *não criminoso*, fazendo-se da pena um instrumento de ressocialização, de um tratamento a partir do estudo de sua personalidade. Relevante, portanto, é a avaliação da periculosidade para determinar a medida penal cabível. Se o movimento da nova defesa social teve cunho humanista, no pós-guerra, no entanto, a periculosidade como pedra angular do sistema penal viabiliza um imenso

Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes de Kioto, em 1970.[16]

Na exposição de motivos constante do projeto de lei transformado na Lei 6.416/1977 afirmava-se que a razão do projeto residia na urgência de solução da superlotação das prisões, agravada pelo número cada vez mais insuficiente de estabelecimentos penitenciários, diante do crescimento dos índices de criminalidade. Estas seriam, como já afirmara,[17] razões superficiais, pois reduzem a adoção de medidas modificativas do quadro das penas exclusivamente à superlotação prisional, que se mostraria desnecessária se não houvesse o aumento dos encarceramentos e falta de vaga nos presídios.

As idéias que presidiram esta contínua e longa evolução em favor de novas sanções penais tinham razões mais profundas: o reconhecimento de que a vida prisional desintegra a personalidade e enfraquece a capacidade de iniciativa, com elevados índices de reincidência, e a correlata exigência de serem buscadas novas medidas penais, com preservação da liberdade e com concretas possibilidades de promover-se um processo educacional, suscitando valores positivos no espírito do condenado.

Predominava o reclamo de eficiência de resultados na aplicação da lei penal tendo por consequência o afastamento dos condenados por crimes de média e pequena gravidade do encarceramento, pelo que era preciso estender o *sursis* e inovar corajosamente.

As deficiências da Lei 6.416/1977 logo se fizeram presentes, pois apenas São Paulo[18] e Rio Grande do Sul editaram leis[19] para atender

arbítrio que aproxima-se de posturas totalitárias, mesmo porque adota a crença da possibilidade de uso de técnicas transformadoras da pessoa do condenado. Prefiro que em vez do tratamento modificador da figura do criminoso e não criminoso se humanize a execução da pena para oferecer ao condenado possibilidades de outra opção na vida em liberdade que não a prática do delito, por meio da assistência educacional e social e muito especialmente com a devida assistência ao egresso.

16. Nosso, *Novos rumos do sistema criminal,* cit., p. 42.

17. Op. cit., p. 27.

18. No Estado de São Paulo foi editada, graças ao denodo e força pessoal do Secretário de Justiça, Manoel Pedro Pimentel, a Lei estadual 1.819/1978.

19. Neste sentido, veja-se a crítica de René Ariel Dotti no capítulo antes mencionado livro conjunto, *Penas e medidas de segurança no novo Código...* cit., p. 21.

ao determinado no art. 29 § 6.°, acima transcrito, criando-se um vazio legislativo. De outra parte, os juízes haviam deixado, inteiramente, de declarar o grau de periculosidade, à falta de elementos que permitissem este inseguro e fluido juízo relativo à suposição de vir ou não o condenado a delinquir no futuro.

Em 1981, o deputado Ibrahim Abi-Ackel que assumira o Ministério da Justiça, resolveu rever o sistema de penas e a linha adotada pela Lei 6.416/1977.

2.5 *A nova Parte Geral*

Já no V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em São Paulo, em 1975, reafirmava-se que a pena deve assentar-se na culpa,[20] surgindo como retribuição ética da conduta no momento da aplicação e voltando-se no sentido da readaptação na fase de execução.

A tentativa de se combinar um direito penal da culpa com um direito de defesa social, fundado na periculosidade não se mostrara possível, antes gerando insegurança e inadequação à prática judicial.

Em 1980 foi criado no Ministério da Justiça o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, cujo presidente veio a ser o político mineiro Pio Canedo. No seio do conselho instituiu-se, em fins de 1980, comissão para elaboração de Lei da Execução Penal.[21]

Disse à época que a elaboração da nova parte geral adotava, parafraseando Foucault, o lema: humanizar e punir, ou seja, partia-se do

20. Deve-se destacar que, além da reforma do sistema de penas, a nova parte geral instituiu o Direito Penal da Culpa ao adotar o sistema vicariante, eliminando o duplo binário; ao expulsar a responsabilidade objetiva com a exigência da culpa nos crimes qualificados pelo resultado; ao prever o erro de proibição; ao estatuir a participação em crime de maior gravidade sujeita à previsibilidade deste resultado; ao criar a participação como forma de coautoria com pena reduzida; ao tipificar a forma comissiva por omissão.

21. As comissões foram ambas coordenadas por Francisco de Assis Toledo. Compuseram a comissão de elaboração do anteprojeto de Parte Geral do Código Penal dos professores Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e o advogado Helio Fonseca. Da comissão para elaboração do anteprojeto de LEP participaram além dos professores acima mencionados outros dois, Benjamin Moraes e Negi Calixto.

pressuposto de que em um estado de direito não era possível descartar a noção de que a pena deve ser uma justa retribuição pelo fato praticado, segundo a culpabilidade do seu autor, sem se tomar a pena como oportunidade de transformar o *criminoso* em *não criminoso,* porém cumprindo oferecer na execução meios para uma harmônica convivência do condenado em um meio caracterizado pela competição e pela hostilidade próprias da sociedade pós-industrial.

Destarte, a pena deveria atender às finalidades de reprovação e de prevenção pelo que a sanção penal deve ater-se ao que corresponde ao necessário e suficiente em vista da justa retribuição. Ao mesmo tempo, a pena deve ser aplicada de forma a não ser desnecessariamente prejudicial ao condenado para o fim de reafirmar o ordenamento jurídico e o de prevenir novas práticas delituosas por parte do condenado e dos demais membros da comunidade.

Assim, a dicção constante do art. 59 do anteprojeto viria a ser o mote repetido em diversos artigos: a individualização da pena, a forma de cumprimento inicial da pena privativa, a sua substituição por pena alternativa ou de multa devem ser feitas de acordo com o que é o necessário e o suficiente para a justa reprovação e prevenção do crime, tendo em vista o *quantum* de culpabilidade.[22]

Propusemos, então, a criação de penas alternativas, restritivas de direitos, substitutivas do encarceramento, como a prestação de serviços à comunidade, porque, sem se privar a liberdade, a sanção imposta revestia-se de seriedade e constituía um ônus a ser suportado pelo condenado, com a vantagem de poder ser educativa, revelando o valor da solidariedade.

Ao lado das penas restritivas, a substituírem a pena privativa de liberdade até um ano de duração, atribuía-se à suspensão condicional da pena a ser aplicada às penas até dois anos de duração, com o gravame de ter-se de cumprir, no primeiro ano da suspensão, uma pena restritiva e, no ano seguinte, outras limitações, como comparecimento mensal em juízo. A suspensão condicional, portanto, seria mais grave que a simples

22. Nosso, *Novos rumos do sistema criminal...* cit., p. 47. Afirmava, então, que tentava-se na reforma penal ter uma postura realista que vê a pena como reprimenda, mas busca humanizar a sanção penal para fazer da execução da pena uma oportunidade de sugerir valores, facilitando a vida futura para a solução harmônica dos conflitos.

substituição por pena restritiva e constituía uma forma de pena, tanto que na LEP enquadra-se como pena, cuja execução se regula.[23]

Houve, todavia, um grave erro. Francisco de Assis Toledo propôs que em casos excepcionais a suspensão condicional não tivesse a obrigação do cumprimento da pena restritiva no primeiro ano de suspensão, limitando-se aos deveres de não se ausentar da comarca ou de comparecimento a juízo. Foi a porta aberta para a leniência do Judiciário, que deixou de aplicar seja a pena restritiva ou a suspensão com pena restritiva a ser cumprida no primeiro ano da suspensão. Estabeleceu-se a impunidade e a ineficácia da lei penal, para se adotar o mais fácil e mais cômodo: a suspensão da pena pura e simples. A lei penal deu lugar à lei do mínimo esforço.

Ao lado das penas restritivas, a nova parte geral manteve o instituto da Prisão Albergue, que, no entanto, veio a ser cada vez mais inaplicada. A LEP, essencial para dar efetividade ao disposto no Código Penal, pois não é possível a nova parte geral sem a Lei de Execução e esta não tem objeto sem a parte geral, veio a dispor sobre a proibição de transformação da prisão albergue em prisão domiciliar. Ledo engano: não se implantaram mais casas de albergados, em face de um ou outro albergado ter praticado crime, pondo-se no banco dos réus não o autor do fato, mas o instituto da Prisão Albergue, culpado pela mídia sensacionalista pelo crime ocorrido.

Malgrado este fato, continuou-se e ainda continua-se a aplicar em sentenças o cumprimento de pena em regime aberto, Prisão albergue, quando não se transforma o regime semiaberto em prisão albergue, instalando-se de forma simples a impunidade, pela conversão da prisão em casa de albergado em prisão domiciliar.

Não poderia deixar de lembrar o avanço no campo das medidas de segurança,[24] ao se inovar com a criação de tratamento sem internação,

23. Neste sentido, vide LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Penas restritivas de direitos: retrospectiva e análise das novas modalidades, na coletânea, *Penas restritivas de direitos*... cit., p. 405, onde reproduz várias decisões jurisprudenciais pelas quais ficou reconhecido que o *sursis* deixou de ser mero incidente da execução e passou a constituir modalidade da execução da pena, de tal decorrendo a exigência de inclusão da prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana.

24. Sobre medida de segurança vide, FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*, São Paulo: Ed. RT, 2001.

por meio do denominado "tratamento ambulatorial", por meio do qual ao inimputável, autor de crime apenado com detenção, pode ser obrigatório o comparecimento a clínica psiquiátrica, sem sofrer internação.

O anteprojeto foi publicado para recebimento de sugestões que vieram em grande quantidade[25]. Comissão Revisora[26] foi nomeada e examinou o conjunto de propostas, fazendo algumas alterações no sistema de penas, anteriormente apresentado. Assim, eliminou-se a multa reparatória, forma de ressarcimento como pena de multa, e a pena de aprendizado compulsório, substituída pela pena de limitação de fim de semana.

No Congresso, houve a aprovação de apenas uma emenda modificativa, no instituto do livramento condicional, ao introduzir no critério da periculosidade, pois se alterou a redação do parágrafo único do art. 83, passando a se fazer referência "à constatação de condições pessoais que façam o presumir que o liberado não voltará a delinquir",[27] nos casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça. Assim, rompeu-se a linha adotada de afastar o critério de periculosidade real da aplicação da pena ou de benefícios, adotando-se uma noção estranha à culpabilidade.

Foi, no entanto, árdua e difícil a aceitação e aplicação da penas restritivas,[28] em especial, a de prestação de serviços à comunidade, que veio, no entanto, desde logo, a ser adotada, com sucesso, no Rio Grande do Sul.[29] A não efetividade de aplicação das penas restritivas, na maior parte do Brasil, foi por nós constatada quando do estudo sobre o

25. Destaca-se o apoio dado ao anteprojeto pelos penalistas mais renomados, reunidos em Goiânia em 1981, que lançaram a Moção de Goiânia II manifestando a acolhida ao texto legal proposto. Foi para nós da Comissão, muito mais jovens que a maioria dos penalistas presentes, um momento de tensão e de satisfação.

26. A comissão revisora do Código Penal foi composta Francisco de Assis Toledo, como coordenador, Jair Leonardo Lopes, Des. Dinio de Sanctis Garcia e Miguel Reale Júnior.

27. No PL 1.656/1983, depois Lei 7.209/1984, nos crimes praticados mediante violência estava o livramento condicionado à verificação em perícia da superação das circunstâncias que levaram o condenado a delinquir.

28. Sobre as penas restritivas, vide, Dotti, René Ariel, *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Ed. RT, 1998; Shecaira, Sérgio Salomão. *Prestação de serviços à comunidade (alternativa à pena privativa de liberdade)*, São Paulo: Saraiva, 1993.

29. A respeito veja-se, Nosso, *Mens legis* insana, corpo estranho... cit., p. 37, nota 1.

diagnóstico do sistema criminal, em 1999, pelo que sugerimos a criação de varas de execução de penas alternativas e de uma central de penas alternativas no Ministério da Justiça, para se dinamizar o processo de implantação do sistema, que, aliás, é nada complexo, como se vê hoje nos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul. Atualmente, há mais de 400.000 condenados cumprindo pena alternativa no Brasil, apesar de não serem adotadas, ainda, em diversos Estados.[30]

A LEP[31] constituía a outra perna da reforma, pois dava operacionalidade às disposições da nova parte geral, detalhando os conceitos de regime penitenciário, a forma de aplicação do sistema progressivo, estabelecendo as medidas assistenciais a serem efetivadas visando a possibilitar a futura vida em liberdade, a começar pelo dever de trabalhar na prisão. Estabeleciam-se os deveres e direitos do condenado e do internado, bem como a participação da comunidade por via dos conselhos de comunidade e dos patronatos a serem voltados em especial à assistência ao egresso. As idéias fundantes da reforma penal, que iluminavam os dispositivos do Código Penal, ganharam corpo, consistência, na LEP. Ambas as leis se imbricam e dependem uma da outra.

2.6 A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, além de trazer princípios explícitos e implícitos reitores do Direito Penal, teve por objeto, especialmente no art. 5.°, relativo aos direitos e garantias, matéria penal, seja consagrando valores fundamentais,[32] seja instituindo diretivas no campo penal e de execução penal, seja prevendo a repressão penal.

30. Passados 25 anos da edição da Nova Parte Geral, o jornal Estado de São Paulo, agora, em editorial veio a reconhecer a importância desta espécie de pena, intitulando-a de "pena inteligente". Demorou.

31. Sobre a LEP, vide Nosso, *Novos rumos do sistema criminal...* cit.; ALBERGARIA, Jason, *Comentários à Lei de Execução Penal*, Rio de Janeiro: Aides, 1987; BARBOSA, Licínio. *Direito de Execução Penal*, Goiânia, Século XXI, 2001; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*, São Paulo: Saraiva, 1990.

32. Já ganhava relevo o tema "Direito Penal e Constituição", que a promulgação da Constituição veio a provocar de forma mais intensa, devendo-se lembrar os seguintes trabalhos: CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR, Paulo José. *Direito penal e Constituição*, 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995; CARVALHO, Márcia Dometila. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Safe, 1992; PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico*

No campo do sistema de penas a Constituição veio tão somente consagrar no plano constitucional o que já fora estatuído na nova parte geral e na LEP. Assim, no inc. XLVI do art. 5.º da CF/1988, edita-se que:

"A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

"*a*) privação ou restrição da liberdade;

"*b*) perda de bens;

"*c*) multa;

"*d*) prestação social alternativa;

"*e*) suspensão ou interdição de direitos."

A parte geral do Código Penal e a LEP antecederam a Constituição, mas a ela não vieram a se contrapor, pois os anteprojetos foram elaborados por professores que eram advogados militantes, defensores do retorno do estado democrático, com atuação nos órgãos de classe da advocacia, razão pela qual o constante da lei antes iluminou a elaboração da Constituição do que foi por esta amoldada, no campo dos princípios informadores e do sistema e da execução de penas.

e Constituição, 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997; LUISI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*, Porto Alegre: Safe, 1991; PASCHOAL, Janaina. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo.* São Paulo: Ed. RT, 2003; QUEIRÓS, Paulo. *Do caráter subsidiário do Direito Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998; COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003; BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996; GOMES, Mariângela de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade no Direito Penal,* São Paulo: Ed. RT, 2003; SALOMÃO, Heloisa Estellita. *Tutela penal e obrigações tributárias na Constituição Federal.* São Paulo: Ed. RT, 2001; FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. COSTA, Helena Regina Lobo. *A dignidade humana – teorias de prevenção geral positiva.* São Paulo: Ed. RT, 2008; TAIAR, Rogério. *A dignidade da pessoa humana e o direito penal – a tutela penal dos direitos fundamentais.* São Paulo: SRS, 2008; ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no direito penal.* Porto Alegre: Safe, 2008; ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação da legitimidade e limitação do direito de punir, na *RBCCrim* 80/35, São Pualo: Ed. RT, set.-out. 2009.

2.7 *A lei dos Juizados Especiais Criminais*

A Constituição Federal instituiu no art. 98 os Juizados Especiais Criminais destinados ao julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Dispõe a Constituição acerca dos Juizados Especiais Criminais:

"Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

"I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

Assim, foi delegada à lei ordinária fixar as condições para realização da conciliação e da transação penal, sendo que a Lei 9.099/1995, que criou os Juizados Especiais Criminais, regulou o rito e estabeleceu as condições e consequências da conciliação e da transação penais, bem como instituiu, também, a suspensão condicional do processo.

A Lei 9.099/1995 estabelecia, portanto, inicialmente que os Juizados Especiais eram competentes para julgar *as infrações penais de menor potencial ofensivo*, entendidas estas como as sancionadas com pena máxima de um ano de reclusão. Posteriormente, lei que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da justiça federal,[33] Lei 10.259/2001 ampliou este conceito ao estatuir que são estas infrações as punidas com pena máxima até dois anos de reclusão. Posteriormente a Lei 11.313/2006 estendeu esta compreensão mais larga, também, para as infrações sujeitas aos Juizados Especiais Criminais estaduais.

Na transação penal, o Ministério Público pode oferecer ao autor do fato a aplicação de uma pena de multa, de pena de prestação pecuniária, consistente em dar determinada quantia ou mantimento a uma entidade assistencial, ou mesmo a aplicação de pena de prestação de serviços à

33. A respeito, vide Gomes, Luiz Flávio. *Crimes federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos*. São Paulo: Ed. RT, 2002; Karam, Maria Lucia. *Juizados Especiais Criminais: concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Ed. RT ,2004, p. 55 e ss.; Silva, Marco Antonio Marques. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997; Nosso, Simplificação processual e desprezo ao Direito Penal, na revista *Ciências Penais* 9/289, São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2008.

comunidade prevista no Código Penal. Generalizou-se, no entanto, a aplicação de *pena de prestação pecuniária*, fácil de aplicação e mais fácil de cumprimento, resultando em mínimo esforço para a administração da Justiça e para o autor do fato, "condenado" às pressas. Desconstituiu-se, ao longo do tempo, o respeito a princípios fundamentais na aplicação da lei penal e a seriedade da execução da sanção criminal.

Na prática, então, a aplicação da lei mostrou-se apenas um instrumento de comodismo da magistratura, do Ministério Público e também dos advogados. Exemplo disto está nas *audiências coletivas* de transação penal,[34] com constrangimento a que os presumíveis autores dos fatos aceitem a sanção de prestação pecuniária. Nestes mutirões penais, reúnem-se em um salão, centenas de "autores de fatos". O termo de aceitação da transação penal já está lavrado. Propõe-se, então, à massa de "autores de fatos", como dádiva, por via da qual se livra a pessoa de um processo criminal, que cada qual dê latas de leite para entidades assistenciais como forma de por um fim ao processo, de modo indolor.[35]

34. O relato de Alexandre Wunderlich é impressionante. Membro da Comissão de Avaliação dos Juizados Especiais Criminais, constituída pelo Ministério da Justiça, após pesquisa e entrevistas, conta: "Em audiência pública realizada na cidade do Rio de Janeiro em agosto de 2002, como um dos membros da Comissão de Avaliação dos Juizados Especiais Criminais, tive a oportunidade de escutar um relato sobre a realização de 'audiências coletivas' – conciliações e transações penais formuladas indistintamente aos supostos autores dos fatos e, pior, com índice de aceitação geral. Na mesma ocasião constatei empiricamente a insatisfação dos movimentos feministas e das ONGs de estudos de gênero com relação ao que denominam de impunidade do autor do fato nos conflitos com violência contra a mulher. Necessário, pois, conveniente, salientar que a Lei 9.099/1995 caiu em desgraça. Dos partícipes dos Juizados Especiais Criminais ao senso comum que reproduz o imaginário social o que se percebe é um sentimento de insatisfação à mercantilização do conflito. Os movimentos radicais ressaltam a 'impunidade'. Os movimentos de resistência garantista exaltam a aplicação de pena sem acusação formal e sem o devido processo legal e, ainda, outras violações às garantias constitucionais". E conclui, diante da vulgarização da aplicação da Transação Penal, com uma expressão de Luiz Bogo Chies: *in dubio pro* transação penal" (WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei 9.099/1995. Em: WUNDERLICH, Alexandre, CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15-56).

35. Audiências coletivas têm ocorrido, por exemplo, em cidades do Estado de São Paulo, tal como a audiência realizada na vara distrital do Jabaquara. Nesta audiência coletiva, arguiu uma advogada, professora doutora de

Por este significativo exemplo, verifica-se que o Processo Penal e o valor da celeridade destroem o Direito Penal, cujas categorias dogmáticas, desde o elementar princípio da legalidade até a análise do elemento subjetivo ou da configuração de causas excludentes da antijuridicidade e da culpabilidade, são absolutamente desconsideradas. O Processo Penal engole o Direito Penal e se transforma em um fim em si mesmo, tendo-se por único objetivo a quantidade de produção rápida de decisões para desfazer a sobrecarga de trabalho da administração da justiça e de seus partícipes.

Com a sofreguidão por eficiência tem havido uma busca de finalização rápida de processos que suprime o devido relevo às categorias da teoria geral do crime para fazer do processo um fim em si mesmo. Ao se romper com os princípios de um direito processual penal acusatório, garantista, graças à simplificação para a celeridade, levaram-se de roldão os princípios e categorias do Direito Penal, com desprezo do reconhecimento prévio da tipicidade e dos demais elementos da estrutura do delito penal para efetividade da sanção penal.

2.8 A Lei 9.714/1998

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, juntamente com Secretários de Justiça em reunião ocorrida em Curitiba escolheu para esvaziar presídios a via fácil da desastrada proposta legislativa que se transformou na Lei 9.714/1998,[36] que pouco atendeu aos objetivos de diminuir a população carcerária, pois os que beneficiava já se encontravam em liberdade, com suspensão condicional da pena ou em prisão albergue, transmudada em prisão domiciliar.

nossa Faculdade e colaboradora neste trabalho, ser caso de arquivamento, por falta de tipicidade. O Juízo informou, então, ser o arquivamento pior do que a transação, pois, com a transação, morre o processo, enquanto, com o arquivamento não se dá o cancelamento do registro criminal, o que não corresponde ao já decidido pelo STJ é prática forense. Como a lei dá prevalência à opinião do autor do fato e não à do seu defensor, preponderou a manifestação do autor do fato, que manifestou sua concordância com a proposta de transação, decidindo sob o império do medo de se ver condenado, especialmente por ser inocente, diante do tom contundente do magistrado e do representante do Ministério Público. Veja-se também a notícia de jornal sobre audiência coletiva realizada na comarca de São José dos Campos, Estado de São Paulo.

36. Especificamente acerca das penas introduzidas pela Lei 9.714/1998 vide, SICA, Leonardo, *Direito Penal de emergência e as alternativas à prisão*. São Paulo: Ed. RT, 2002; BITENCOURT, Cesar Roberto. *Novas penas alternativas – análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/1998*, São Paulo: Saraiva, 1999.

A Lei 9.714/1998 tomou, sem dúvida, a opção corajosa de estender a aplicação das penas restritivas às penas inferiores ou iguais a quatro anos de reclusão, mas manteve o *sursis* e a prisão albergue.

Todavia, a mais importante pena restritiva, a de prestação de serviços à comunidade, instituída pela Parte Geral de 1984, não foi aplicada até hoje, passados 25 anos, em boa parte dos Estados brasileiros. Houve, diga-se, aumento de sua efetivação de 1998 a este momento, com mais de 400.000 condenados à prestação se serviços.

A inovação da pena de prestação pecuniária transformou o Direito Penal, uma espécie de multa a ser paga à vítima ou à entidade assistencial, sendo que em alguns casos poderá vir a se impor, também, a pena de perda de bens ou valores.

O mais grave é que a nova lei não estabeleceu uma escala criteriosa na aplicação de penas em substituição às penas privativas de liberdade, pois a gravidade, o *quantum* da reprimenda, tão só determina que nas penas superiores a um ano a substituição poderá ser por uma restritiva e multa ou por duas restritivas. Assim, a pena de quatro anos de reclusão pode se transformar em mera prestação pecuniária e multa.

A extensão das penas restritivas às penas não superiores a quatro anos pode ser positiva se não houver a convivência no sistema com a prisão albergue e com a suspensão condicional, pois estas duas medidas na prática tornaram-se inócuas como restrição ao condenado, transformada a primeira em prisão domiciliar e a segunda em mero dever de comparecimento a juízo uma vez por mês. Continua-se a preferir aplicar a prisão albergue e o *sursis*, medidas que atendem à imperiosa lei do mínimo esforço por parte da Administração da Justiça, o que desmerece o Direito Penal como instrumento de controle social.

Por outro lado, como já assinalei anteriormente, a afoiteza do novel legislador revela-se por inteiro com a mantença do art. 54 do CP que edita, no capítulo da cominação das penas, que a pena restritiva tem cabimento em substituição *à pena inferior a um ano ou nos crimes culposos*, ao lado da alteração do art. 44, I, do CP, que agora estatui que a pena restritiva substitui a privativa de liberdade *quando não for superior a quatro anos.*[37]

37. Esta contradição, que me foi primeiramente indicada por David Teixeira de Azevedo, não tem apenas a marca do desarrazoado, mas causa perplexidade maior, pois do capítulo da "cominação das penas", que garante

Outra gritante contradição do texto está na convivência do novo preceito constante do § 2.º do art. 44 do CP, que edita que *a pena inferior a um ano pode ser substituída por multa*, ao lado da manutenção do § 2.º do art. 60 do CP que estabelece que *a pena não superior a seis meses pode ser substituída pela de multa*. Bastariam estas duas inadmissíveis contradições no Código Penal para causar vergonha perante a comunidade jurídica internacional.

Há, todavia, mais outras graves contradições: a mantença da regra de que as penas restritivas só podem substituir as privativas de liberdade se o condenado *não for reincidente* no inc. II do art. 44 do CP e, no § 3.º, do mesmo artigo, editar: se o condenado *for reincidente a substituição é possível* caso "a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime"[38] (sic).

O "sursis", previsto para as penas privativas não superior a dois anos, é inaplicável aos reincidentes em crimes dolosos, segundo regra do art.77, I, do CP. No entanto, a pena, mesmo a superior a dois anos, pode ser substituída por restritiva com relação ao reincidente genérico conforme permissão constante do novo § 3.º do art. 44. A quebra do sistema torna-se patente. Dessa forma, o reincidente genérico apenado com um ano de reclusão não pode ser beneficiado com o "sursis", mas pode ter sua pena convertida em prestação pecuniária.

Outro problema decorre de ser ter alterado o Código Penal e ignorado a LEP quando ambas se imbricam e correlacionam.

> a determinação legal da pena não prevista na norma incriminadora da parte especial, não consta a previsão da substituição da pena não superior a quatro anos por pena restritiva, e, sim a substituição tão só da pena inferior a um ano. A antinomia poderia pensar-se em resolver pelo critério da norma posterior, que revogaria anterior, mas o certo é que no capítulo que, por força do princípio da legalidade, estatui a pena não prevista como sanção na parte especial há cominação diversa da pretendida pela nova lei, no art. 44, I, do CP. Se este inciso revoga o constante do capítulo da cominação das penas, especificação deixará de existir do cabimento da pena independentemente de fixação no tipo legal de crime.

38. Se o legislador, em retrocesso injustificado, pretendeu fazer ressurgir a distinção entre reincidência genérica e específica, que pelo menos tivesse usado de correta técnica legislativa, não se referindo a "prática do mesmo crime", o que significa a prática do mesmo fato, mas sim à *prática do mesmo tipo de crime*.

Fica evidenciado que os autores do projeto e o Congresso Nacional desconheciam o sistema harmônico e lógico adotado na Parte Geral de 1984, e sua relação com a LEP. Quanta confusão! Mexeram em tão importante documento legislativo com os olhos voltados para o esvaziamento das prisões e, no mais, com total cegueira jurídica.

2.9 O projeto de Parte Geral de 2000[39]

Além das antinomias acima evidenciadas, o que se verifica com a alteração de 1998 foi a quebra do sistema. Era e é necessário recompor a harmonia entre as normas e dotar de racionalidade a parte geral.[40] Ademais, a permanência do *sursis* e da prisão albergue, como regime aberto, terminava por instalar a impunidade. Deve-se buscar soluções penais menos nocivas, mas não consagrar a impunidade, razão pela qual as medidas que constituíam atalhos impeditivos da aplicação das penas restritivas e modo cômodo de "fazer de conta" de se estar a impor sanção penal.

Assim, a comissão que presidi resolveu, com coragem, eliminar as hipóteses do *sursis*[41] e do regime aberto para encaminhar a sanção em crimes de média gravidade, pois os de pequena ofensividade já vinham tratados pelo Juizado Especial, em direção da pena restritiva, que se constitui um ônus para o condenado, não importa em gravame nefasto como o encarceramento. Visava-se a dar efetividade, eficácia ao Direito Penal pelo caminho de conduzir à aplicação das penas restritivas. Daí se

39. Antecedeu à elaboração do anteprojeto o diagnóstico do sistema criminal brasileiro, por comissão por mim presidida e composta pelos penalistas Alberto da Silva Franco, Eduardo Reale Ferrari, secretário adjunto da Comissão, Edson O'Dwyer, Fernando Luiz Ximenes Ivette Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, Luiz Vicente Cernicchiaro, Maurício Ribeiro Lopes, secretário da Comissão, Nilo Batista, René Ariel Dotti, tendo a Comissão concluído pela necessidade de se reformar o sistema de penas, propondo depois anteprojeto que se transformou no projeto enviado ao Congresso em agosto de 2000.

40. Sobre o projeto vide, Sica, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão....* cit., p. 198.

41. Sica, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão...* cit., p. 199 critica a supressão do *sursis*, que hoje vejo pode permanecer para as penas até dois anos, desde que com a obrigação de cumprimento de prestação de serviços pelo prazo correspondente à metade da pena imposta, sem a hipótese do *sursis* especial. É essa também a opinião de Ricardo Antunes Andreucci, manifestada oralmente.

ter na exposição de motivos mencionado a busca de um Direito Penal eficaz, pois a narrativa tem a seguinte lógica:

"16. Por outro lado, a recente Lei 9.714/1998, estendendo a substituição de penas de até quatro anos por restritivas ocasionou a perda de sentido para o *sursis*, bem como para o regime aberto, como fase inicial do cumprimento da pena. Ademais, a não efetividade do regime aberto em todo o país conduziu à impunidade pela aplicação da prisão domiciliar.

"17. Todo esse quadro e a necessidade de se tornar mais efetiva a aplicação das penas restritivas, em busca de um Direito Penal eficaz,[42] mostra a necessidade de se reformular o sistema de penas, eliminando-se o regime aberto, modificando-se o regime semiaberto, alterando-se o poder discricionário do juiz. Daí porque o projeto contempla, de modo bastante ousado, a revogação completa do instituto da suspensão condicional da pena."

Mais adiante, ao dar seriedade e dignidade ao Direito Penal, ponderava-se na exposição de motivos, assinada pelo então Ministro da Justiça, José Gregori, para elucidar a razão de ser das propostas elaboradas pela comissão e constantes do projeto, o seguinte:

"A impunidade, decorrente da inaplicação das penas restritivas, bem como de sua não implementação quando aplicadas, com a escolha pela solução cômoda do *sursis* simples, sem condições, é uma questão obrigatória a ser enfrentada pela comissão. A impunidade resulta, também, da inexistência de casas de albergado, tornando o regime aberto uma falácia, pois a ser cumprido em prisão domiciliar. A falência do regime aberto é constatação obrigatória. Diante dessa realidade, e da verificação de que com pequena equipe técnica e vontade política implementa-se a execução de penas restritivas de direito,[43] com resultados extraordiná-

42. Em parecer do Conselho Federal da OAB viu-se nesta expressão Direito Penal Eficaz, tomado isoladamente e não no seu contexto, como acima transcrito, uma expressão de um direito autoritário. Tomou-se a expressão descontextualizada e não se viu o todo das propostas em compreensão muito rasteira de um conjunto normativo e desconhecendo-se que eficácia do direito, em teoria do direito, quer dizer sua realizabilidade, sua efetivação, que é o que não se dá com as penas restritivas se permanecer a convivência com o *sursis* e a prisão aberta.

43. É que se constatou ao realizar-se o diagnóstico do sistema criminal em 1999 e é o que se verifica hoje em São Paulo, por exemplo, onde mais de

rios em favor da sociedade e do próprio condenado, deu-se grande realce à substituição da prisão por pena restritiva de direito, mas sempre sujeita esta substituição ao poder discricionário do magistrado".

Mais adiante, reiterava-se na exposição de motivos a crise grave do regime aberto, a justificar a sua supressão e a substituição das penas até quatro anos de reclusão exclusivamente por penas restritivas:[44]

"O regime aberto é definitivamente abolido do sistema de execução de penas de prisão, previsto com idealismo na Reforma de 1984, mas cuja execução terminou abandonada pelos Poderes Executivo e Judiciário. A ausência de construção das casas de albergado ou estabelecimentos adequados a esse fim, tornou o regime aberto em prisão albergue domiciliar uma regra perigosa que contemplou a marca da impunidade e substituiu a premissa do senso de responsabilidade que se pretendia introduzir por um generalizado sentimento de falta de controle e ausência de qualquer fiscalização pelo Estado."

Por outro lado, propunha-se mudança no tempo de cumprimento da pena para a passagem do sistema fechado para o semiaberto e do tempo de concessão do livramento condicional. Na Parte Geral, fixou-se em 1/6 da pena o período para passagem de um regime mais grave para outro menos grave e permitiu-se, com meu voto de dissensão, o livramento condicional em 1/3 do cumprimento da pena. A finalidade deste preceito era viabilizar que o condenado o quanto antes pudesse, tendo condições a serem aferidas em exame criminológico, viesse a evoluir na progressão de regime até obter o livramento condicional. Esta solução depois veio a ter o apoio das autoridades penitenciárias como forma de esvaziamento prisional.

Estabelecia-se o aumento, então, de 1/6 para 1/3 na passagem do regime fechado para o semiaberto e de 1/3 para 1/2 do cumprimento

100.000 condenados cumprem pena de prestação de serviços, com baixo custo e baixo índice de reincidência.

44. O projeto, até hoje não votado no Congresso, elimina a pena de prestação pecuniária. A pena de perda de bens passa ser medida em que se converte a pena de multa caso não venha a ser paga. Soluciona-se, assim, a questão da cobrança da pena de multa. São mantidas as penas restritivas de direito da prestação de serviços, de limitação de fim de semana e de interdição de direitos. Dentre as penas de Interdição de Direitos, inova-se com a criação da pena de Interdição do exercício de cargo de direção de empresa ou entidade privada.

da pena com vistas à concessão do livramento condicional. Retirava-se, contudo, a necessidade de exame criminológico no sistema de progressão, dada sua dificuldade de realização e sua absoluta fragilidade de conteúdo, exigindo-se, então, que o condenado não tivesse praticado "falta disciplinar de natureza grave".

Caso o condenado fosse cumprir, desde o início, pena no sistema semiaberto, permitia-se que realizasse, após um terço da pena, trabalho externo.

Perdurava, na LEP, o exame criminológico para individualização da execução da pena, mas eliminava-se no Código Penal e na LEP a exigência de exame criminológico, pois tornara-se um "faz de conta", que tão só trazia corrupção, para se conseguir realizá-lo em prazo curto, sendo os exames meras conversas de dez minutos com laudos repetitivos em todo o país. Em vez do exame criminológico, estabelecia-se como condição do livramento condicional que fosse "comprovado bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído durante a execução da pena" e boa conduta carcerária, sem prática de falta grave.

O projeto, que teve em correspondência projeto de lei de alteração concomitante da LEP, foi objeto de descontentamento de extremados liberais, que protestavam contra o fim do *sursis* e da prisão albergue, preferindo permanecer no estado atual de leniência e falta de seriedade. Os radicais repressores, alguns membros do Ministério Público, se puseram contra o projeto por eliminar o exame criminológico, que depois veio as ser eliminado na lei que ironicamente criou o Regime Disciplinar Diferenciado, de alto rigor prisional. Contestavam também por se prever o livramento condicional desde que cumpridos *20 anos de encarceramento*.

Sob o fogo dos extremados[45] e com os absurdos legislativos em matéria penal, produzidos pelo Congresso, os projetos de novíssima Parte Geral e de LEP não foram votados até mesmo para não serem

45. O projeto contentava em parte os super liberais ao eliminar o exame criminológico e contentava os super repressivos ao aumentar o prazo da progressão e do livramento condicional. Por outro lado, atendia ao interesse da administração penitenciária, ao se findar com o exame criminológico, mas se descontentava, também, ao aumentar o tempo de encarceramento, com fixação do livramento condicional de metade da pena. Na verdade, não se pretendia contentar A ou B e sim estabelecer um sistema de pena que atendesse ao que se revela no plano legislativo ao que é necessário e suficiente para a justa reprovação e prevenção. O caminho do meio aqui revela-se o mais correto e equânime.

deturpados. O TJSP constituiu comissão para propor alterações na parte geral, concluindo-se ser a proposta da comissão que presidi a mais correta. Todavia, enquanto não se modifica o sistema de penas, embaralhado pela Lei 9.714/1998 e pelas leis do Juizado Especial Criminal, deve-se conviver com a balbúrdia, a impunidade, a ineficácia das penas restritivas e as antinomias que nos envergonham.

2.10 Lei de Drogas

Tramitava no Senado Federal, em 1999, projeto de lei da Câmara, 105 (substitutivo), de 1996, que objetivava mudar a lei relativa a medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica (Lei 6.368/1976, lei reguladora à época de medidas de prevenção ao tráfico ilícito e ao uso indevido de substâncias entorpecentes, revogada pela Lei 11.343/2006).

Para ser oferecido substitutivo a este projeto em andamento no Senado Federal, a Secretaria Nacional Antidrogas, cujo presidente era Wálter Fanganiello Maierovitch, constituiu comissão composta por especialistas de diversos setores, Ministério Público Federal e Estadual, polícias, médicos, assistentes sociais, magistrados, professores de direito, advogados. Coube-me presidir a Comissão que ofereceu anteprojeto de lei que, contudo, não veio a ser aproveitado no Senado.

Na Exposição de Motivos, assinada por mim e pelo ilustre Des. Samuel Alves de Melo Júnior, secretário da comissão, expunha-se que se mantinha a proposta do projeto em andamento no Senado Federal de descriminalização do porte para uso, mas deslocavam-se todas as regras pertinentes a tal questão, com algumas alterações, para o Capítulo que trata da prevenção e tratamento, e isto porque não se justificava, por razões óbvias, a sua manutenção no capítulo "Dos Crimes e das Penas". Salientava-se terem as medidas educativas propostas manifesto caráter preventivo e curativo.

Desta maneira, propunham-se as seguintes medidas sócio-educativas para o porte ou plantio ou cessão de substância entorpecente.[46]

46. Do projeto constava:
Aquisição, guarda ou porte para consumo próprio
Art. 12. Adquirir, guardar, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, substância entorpecente ou droga afim, sem a devida autorização.
Aplicação de uma ou mais das seguintes medidas educativas:
I – encaminhamento aos pais ou responsável se o agente for menor de 21 anos;

I – encaminhamento aos pais ou responsável se o agente for menor de 21 anos;

II – comparecimento pelo prazo máximo de um ano, à programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico;

III – orientação, apoio e acompanhamento temporário, por assistente social ou organização social pública ou privada designada pelo juiz;

IV – participação em programas comunitários;

V – prestação pecuniária.

A Secretaria Antidrogas resolvera promover a elaboração deste substitutivo dada a deficiente técnica do projeto em andamento no Senado. Não aproveitado o substitutivo, o projeto foi aprovado com imensas falhas,[47] que levaram o presidente da República a vetar todos os dispositivos referentes ao porte de entorpecente, pois descriminalizava, mas ao mesmo tempo o incluía no capítulo dos crimes.

> II – comparecimento pelo prazo máximo de um ano, à programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico;
> III – orientação, apoio e acompanhamento temporário, por assistente social ou organização social pública ou privada designada pelo juiz;
> IV – participação em programas comunitários;
> V – prestação pecuniária.
> § 1.º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro a entidade pública ou privada, com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um e nem superior a cem salários-mínimos.
> § 2.º Em caso de descumprimento justificado ou de inadequação das medidas aplicadas, poderá juiz substituí-las, pelo prazo remanescente, por outras previstas no caput, ouvidos o Ministério Público e a defesa.
> § 3.º Nas mesmas medidas educativas incorre quem:
> Semeadura, cultivo e colheita para consumo próprio;
> I – semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de substância entorpecente ou de drogas, relacionadas como ilícitas, para exclusivo consumo próprio;
> Cessão e uso individual e conjunto substância entorpecente ou droga afim;
> II – cede, eventualmente e sem objetivo de lucro, a alguém que solicita para uso individual ou conjunto, substância entorpecente ou droga afim, que se destinava a consumo pessoal do cedente.

47. A respeito vide, FERRARI, Eduardo Reale. Nova lei de tóxicos: ausência de política preventiva e suas aberrações jurídicas, na *RBCCrim* 42/281. SãoPaulo: Ed. RT, jan.-mar. 2003. Veja-se, também, a coletânea *Drogas – aspectos penais e criminológicos*, REALE JÚNIOR, Miguel (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Posteriormente, edita-se a Lei 11.343/2006, na qual se estabelece um recuo, pois se mantém o porte e a cessão como crime, art. 28 e seus parágrafos, mas aos quais se prevê a aplicação de penas de *advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços a comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.*[48] No caso de descumprimento injustificado prevê a lei no § 6.º do art. 28 a imposição de *advertência verbal* ou de pena de *multa.*

Há, portanto, a cominação de penas restritivas, mas sem o caráter de substitutivas da pena de prisão.[49] Em vez de descriminalizar, ficou-se a meio do caminho, porém retirando da lei penal qualquer instrumento de coação firme na hipótese de descumprimento da sanção penal imposta. A lei não tem os benefícios da descriminalização, nem os da criminalização, pois destituída a pena de força impositiva.

3. Terror penal

Uma outra característica do Direito Penal dos tempos atuais, em linha oposta à humanização da reprimenda pela inovação de medidas alternativas à prisão, tem sido a tendência de rigor penal em consonância com a dramatização da atuação delituosa pela mídia sensacionalista.[50]

Deu-se larga resistência durante a constituinte a se aprovar a emenda proposta pelo deputado paulista do PTB Gastone Righi, que por exercer a liderança de seu partido, terminou por conseguir ver aceita a proposta de previsão de crimes hediondos, a serem definidos em lei, conforme o art. 5.º, XLIII, do CF/1988. A Constituição apenas determina que os crimes hediondos fossem insuscetíveis de graça ou anistia.[51] Coube ao

48. Guimarães, Marcello Ovídio Lopes, *Nova lei antidrogas comentada,* São Paulo: Quartier Latin.

49. Igualmente no Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503/1997, prevê-se a possibilidade, no art. 292, de aplicação de pena de suspensão ou proibição de se obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor como pena principal de forma isolada.

50. Dotti, René Ariel, *Movimento antiterror e a missão da magistratura.* Curitiba: Juruá, 2005.

51. Leal, João José. Lei dos crimes hediondos ou direito penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos, na *RBCCrim* 40/157. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2002.
Com razão observa que o constituinte inseriu na Carta Magna "dispositivo essencialmente repressivo, como o do XLIII do art. 5.º e que não se

legislador ordinário traçar limites rigorosos de fruição de benefícios, impondo penas elevadas e o seu cumprimento em regime fechado.

Infelizmente tornou-se um hábito a produção legislativo-penal para responder aos fatos, de forma emocional e casuística, mediante endurecimento das sanções. Assim, foi logo em seguida ao sequestro de Roberto Medina, no Rio de Janeiro, no ano eleitoral de 1990, que o Congresso resolveu editar a denominada Lei dos Crimes Hediondos, Lei 8.072/1990, por via da qual com relação a determinados crimes, como tráfico de entorpecentes, latrocínio, extorsão mediante sequestro impôs-se o regime fechado, sendo vedada a progressão de regime, podendo ser concedida a liberdade condicional apenas se cumpridos 2/3 da pena.[52] Instalava-se a *ilusão penal*, aliás, sempre presente em ano eleitoral.

Com a proibição da progressão infringia-se o princípio da individualização da pena consagrado na Constituição, sendo certo que a individualização se dá em três planos: (a) legislativo, ao se fixar a pena em abstrato na norma penal; (b) judicial, na aplicação concreta da pena na sentença condenatória; e (c) executória, ao se definir benefícios ou restrições no cumprimento da pena conforme o comportamento do apenado, o que compreendia a passagem de um regime mais duro para outro menos rigoroso.

O STF em sua anterior composição não reconhecera a inconstitucionalidade da proibição da progressão. Esta inconstitucionalidade, no entanto, era evidente. O Executivo constituiu comissão presidida pelo falecido procurador da República Francisco de Assis Toledo, comissão esta que integrei. Foi elaborado anteprojeto de lei, visando, em um

enquadra em nenhum dos espaços normativos reservado às matérias de reserva da constituição".

52. Sobre a lei dos crimes hediondos vide: Franco, Alberto Silva. *Crimes hediondos – Notas sobre a Lei 8.072/1990*, 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1992; Fernandes, Scarance Antonio. *Aspectos da lei dos crimes hediondos, na coletânea, Justiça penal – crimes hediondos, erro em direito penal, juizados especiais*, p. 69, Jacques Camargo Penteado (coord.), São Paulo: Ed. RT, 1993,; Toron, Alberto Zaccharias. Prevenção e retribuição na lei dos crimes hediondos: o mito da repressão penal, na coletânea *Justiça penal*... cit., p. 85; Mirabete, Julio Fabrini. Crimes hediondos, a constituição e a lei, na coletânea *Justiça penal*... cit., p. 59; Leal, João José. Lei dos crimes hediondos ou direito penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos, na *RBCCrim* 40/155, São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2002, São Paulo: Ed. RT.

eufemismo, a permitir aos crimes de especial gravidade, na verdade os hediondos, um processo de progressão na execução da pena, mas com maior rigor. Permitia-se a passagem para o regime semiaberto desde que cumpridos 2/5 da pena. O livramento condicional permanecia aos dois terços da pena.

Aprovado o projeto na Câmara, no Senado, no dia de votação na comissão de Justiça, havendo parecer favorável do relator, Senador Bernardo Cabral, o senador Antonio Carlos Magalhães, em tom de denúncia, repercutida pela rede Globo, anunciou que se pretendia facilitar a vida dos bandidos. O governo ficou acuado e indevidamente retirou o projeto.

Passados anos, o STF, em sua nova e recente composição, reconheceu a inconstitucionalidade do impedimento da progressão na execução da pena de prisão, a ser cumprida integralmente no regime fechado, por lesão à individualização da pena, garantida no art. 5.º da CF/1988. Dessa forma, passou-se a aplicar a progressão prevista para a generalidade dos crimes, com a passagem do regime fechado para o semiaberto transcorrido 1/6 do tempo de aprisionamento, podendo o livramento condicional ser concedido no prazo de 2/3 da pena.

Em voto vencedor,[53] o Ministro Aires Brito afirmou:

"A ordem constitucional, se interpretada como um todo harmônico, jamais se coaduna com a vedação da progressão, como se percebe da proibição da pena de morte e de prisão perpétua. Assim, há um mister reeducativo que deve ser desempenhado pelo esforço conjunto da pessoa encarcerada e do Estado-carcereiro, daí a supremacia da individualização das penas, que deve ser sequenciada. Lembrou, também, que o fato de a Constituição permitir ao legislador a regulação da progressão, não lhe cedeu autorização de nulificar o processo gradativo de ressocialização. Em síntese, asseverou que: a) a vontade objetiva da Constituição de 1988 é de acolher a regenerabilidade de toda pessoa que se encontre em regime de cumprimento de condenação penal; b) deve existir claro comprometimento do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, do CF/1988) com a garantia da individualização da pena (art. 5.º, XLVI, da CF/1988); c) não se pode confundir hediondez do crime com a hediondez da pena, devendo ser lembrado que a condenação não nulifica

53. HC 82.959-7, de 23.02.2006.

os direitos à saúde, à integridade física, psicológica e moral, à recreação, à liberdade de expressão, à preferência sexual e de crença religiosa."

Diante da nova orientação do STF, os juízes da Execução Penal também mudaram de opinião, e passaram a aplicar, para os crimes definidos como hediondos, a progressão de regime nos prazos fixados para a generalidade dos crimes, conforme disposto no Código Penal e na LEP. Editou-se, então, com rapidez a Lei 11.464/2007 que estabelece, exatamente, a progressão, tal como proposta anos antes para os crimes de especial gravidade. São tortuosos os caminhos do Direito Penal brasileiro.

3.1 Lei dos Remédios e Cosméticos

Dentro da mesma toada de se recorrer ao rigorismo penal para responder a fatos efêmeros surgiu em a Lei 9.677/1998). Com a mais absoluta ausência de critério e em arrepio ao princípio da proporcionalidade, *no ano eleitoral de 1998*, nas únicas reuniões do Legislativo durante o recesso branco em vista do pleito, o Congresso, diante da repercussão da venda de anticoncepcionais com apenas farinha em sua composição, editou a denominada Lei dos Remédios, tratando com rigor não só a falsificação de medicamentos como também a venda de "shampoo" em discordância com a fórmula aprovada pela Anvisa, independentemente de se poder causar algum dano à saúde. Vigorou a ilusão penal novamente, com cunho eleitoral, para atender ao clamor social.[54] Os tipos penais são de perigo abstrato, bastando à sua tipificação a mera conduta, sendo dispicienda qualquer carga de nocividade.

Pune-se, por exemplo, como fato "delituoso" grave, crime hediondo e pena mínima de 10 anos de reclusão, conforme disposto no novel art. 273, § 1.º-A, do CP, a simples alteração do medicamento mesmo que não seja nocivo à saúde. Pune-se, também, igualmente, a venda ou o fato

54. TORON, Alberto Zaccharias, em artigo publicado na *Revista do Advogado* 53/49, out. 1998, afirma: "Agora não basta mais que a conduta seja criminosa. É preciso um *plus*: o rótulo de hediondo.... A medida além de ineficaz, traduz um oportunismo político-eleitoral inacreditável"; FRANCO, Alberto Silva, "Há produto novo na praça", artigo no *Boletim do IBCCrim* 70/5, edição especial, para o qual "os meios de comunicação social noticiaram a 'boa nova' (a lei) com manifestações de exaltada euforia. Os famosos 'bustos falantes' que ancoram os telejornais nacionais, puderam enfim 'tranquilizar' a população brasileira".

de ter em depósito medicamento, saneante ou cosmético em desacordo com a fórmula registrada ou com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade ou de procedência ignorada ou adquiridos de estabelecimento sem licença.

A ausência de dignidade penal da conduta é evidente, sendo inaceitável a punição mínima imposta de dez anos de reclusão, pelo que há manifesta afronta ao princípio da proporcionalidade. Some-se a isto a qualificação destes delitos como hediondos. Esta medida legislativa apresenta-se como mais um dos absurdos do Direito Penal hodierno ao submeter estas condutas, sem ofensividade, como a venda de cosmético com fórmula divergente da registrada, sem que venha a ser perigoso ou danoso à saúde,[55] às duras consequências na execução da pena próprias do crime hediondo.

3.2 *O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)*

Em 2003, foi editada a Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), por via do qual se estabelece o encarceramento em cela individual, sem sair dela a não ser para banho de sol diariamente por duas horas, com completo isolamento do condenado.

O RDD é de ser imposto ao preso que cometa crime doloso, bem como àqueles que "apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade", critério que fica ao talante da

55. Trata-se de mais das tantas figuras de perigo abstrato produzidas recentemente e nossa legislação, nas quais se antecipa a incriminação, considerando-se a conduta em si perigosa, independentemente da criação de uma situação de perigo, no pressuposto de uma lesividade que a ação encerra e que guarda em si, como assinala Angelo Roberto Ilha da Silva, ao indicar a inconstitucionalidade de diversas figuras de perigo abstrato em seu livro: *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2003. Sobre crime de perigo na recente doutrina brasileira, vide Silveira, Renato. *Direito Penal supraindividual – interesses difusos*, São Paulo: Ed. RT, 2003; Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007; Bechara, Ana Elisa Liberatore Silva. *Manipulação genética humana e direito penal*. Porto Alegre: Zouk, 2007; Salvador Neto, Alamiro Veludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006; D ávila, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal ambiental, na *RBCCrim* 67/29, São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2007.

subjetividade do diretor do estabelecimento prisional do qual deve partir a sugestão do castigo cruel.

A Lei 10.792/2003 modificou a LEP para acrescer a medida drástica do RDD, passando o art. 52 a ter nova redação:

"Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

"*I – duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada;*

"*II – recolhimento em cela individual;*

"*III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de 2 (duas) horas;*

"*IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol.*

"*§ 1.º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.*

"*§ 2.º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando*" (destacamos).

Ora, infringe-se com a criação do RDD a proibição constante do art. 5.º, XLVII, da CF/1988, no sentido de não haver penas cruéis. O isolamento celular, sem contato com qualquer pessoa, a não ser o direito a uma breve visita semanal, sem qualquer atividade ou ocupação, é o caminho seguro para a perda da identidade e para a abulia. O condenado só poderá conversar com as paredes, sem qualquer afazer, em isolamento que leva, como levado tem, à loucura ou ao suicídio. Trata-se, portanto, de pena cruel, evidentemente vedada pela nossa Constituição, de caráter meramente profilático, de exclusão até mesmo do meio carcerário, a se visualizar o detento como *Inimigo*, nos termos preconizados por Jakobs, ou seja, pessoa a ser desconstituída de direitos e garantias diante do perigo que representa ao Estado e à civilização.[56]

56. Sobre direito penal do inimigo na nossa literatura vide Silveira, Renato de Mello Jorge. Drogas e política criminal entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional, na coletânea *Drogas, aspectos penais e crimino-*

Na falta de competência para se garantir a disciplina carcerária, resolve-se a questão pela forma mais fácil: trancafia-se o reputado perigoso (critério este sim perigoso) para com certeza de sua não integração futura fazer da exclusão um fim em si mesmo, punindo-se o condenado mais gravemente do que o foi pela sentença, em face da eventual possibilidade, como perigoso, de atos futuros nocivos à vida prisional.

3.3 *Valor simbólico*

O resultado da intimidação por via da abstrata ameaça constante da lei foi nulo, pois as extorsões mediante sequestro, os homicídios e latrocínios apenas aumentaram após a vigência do maior rigor penal. A criminalidade violenta decresceu em locais onde foram aplicadas medidas de cunho social e de promoção da socialidade.[57] Também a eficiência policial, com ações de informação e inteligência no combate aos justiceiros e aos linchamentos, levou a significativa redução do número de homicídios em São Paulo. Portanto, como é sabido a dureza penal é ineficaz meio intimidativo. Destarte, a elevação das penas havida no Brasil nas duas últimas décadas, cumpre tão só o efeito simbólico que a classe política almeja às vésperas das eleições.

4. Conclusão

Podem brotar da Constituição duas vertentes opostas: a preservação da dignidade do preso, a consagração de direitos a ter protegida sua integridade física e psíquica, e ao mesmo tempo a inspiração de rigor penal com tratamento drástico, como se deu na criação da Lei dos Crimes Hediondos, para atender de forma simplista ao clamor público, sequioso de resolver o problema da criminalidade violenta pelo meio fácil e enganoso do rigor penal, iludidos de que se muda a realidade mudando a lei.

lógicos, Miguel Reale Júnior (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 37 e ss; Canterji, Rafael Braude. *Política criminal de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008; Ribeiro, Bruno de Morais. Defesa social, ideologia do tratamento e o Direito Penal do inimigo, na *RBCCrim* 5/188, São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2006; Greco, Luís. Sobre o chamado Direito Penal do inimigo, na *RBCCrim* 56, São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2005.

57. Veja-se, por exemplo, a queda da criminalidade em Minas Gerais por conta de programas de política criminal de cunho social.

Esta dicotomia, em razão da ausência de medidas de política criminal de cunho social, foi o caminho natural da eficácia da lei do mínimo esforço nos dois sentidos, ou seja, ao não punir e ao se punir gravemente, o que resta presente em nossa legislação, de forma mais relevante do que em outros países.

O sistema penal sofre, portanto, de esquizofrenia em alto grau, pois por um lado institui-se a impunidade dos crimes de pequena e média gravidade, graças à forma atabalhoada de aplicação da lei penal nos Juizados Especiais Criminais e ainda a imposição do regime aberto e do *sursis* sem condições, mas, de outro lado, aplica-se o maior rigor para os crimes hediondos e para os presos considerados perigosos, com a dureza do regime disciplinar diferenciado, em um conjunto de estabelecimentos penitenciários precários, com superpopulação, sem trabalho, sem assistência jurídica e social, sem auxílio ao egresso, com taxas de 60% de reincidência. Este o retrato tenebroso da maioria de nossas prisões.

Assim, a legislação penal brasileira sofre da falta de harmonia e de sistematização, com desrespeito aos princípios da proporcionalidade e da lesividade.

É importante, portanto, rever na sua quase totalidade da legislação, reconstituindo o sistema de penas e realizando-se, como sugere René Ariel Dotti, uma consolidação das leis penais, em face do expansionismo que fez brotar, em matérias mais diversas, inúmeras normas incriminadoras de forma esparsa, sem técnica legislativa e sem critério na cominação de penas. Só o trabalho árduo de Consolidação das normas penais poderá dotar o ordenamento de proporcionalidade e racionalidade.

Os caminhos do Direito Penal no Brasil, em especial os da legislação penal, foram criativos, porém surgiram grandes pedras nesse caminho, desvios, atalhos escorregadios. É preciso construir uma grande estrada, límpida, precisa, para podermos voltar a nos orgulhar da ciência jurídico-penal de nosso país.

3
El bien jurídico en la reciente reforma penal chilena

CARLOS CABEZAS CABEZAS

Académico de Derecho penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto dar cuenta de la recepción y desarrollo de la teoría del bien jurídico en la reforma penal chilena de los últimos diez años. Para ello, se procede a revisar como esta noción es recogida por la ley en sentido amplio, la doctrina y la jurisprudencia nacionales, para luego dar paso, desde este prisma, al análisis crítico de la reforma penal reciente.

PALABRAS CLAVES: Bien jurídico – Reforma penal chilena reciente – Principio de ofensividad – Antijuridicidad – Injusto.

ABSTRACT: The objective of the present work is to give account of the reception and development of the protected interest theory in the Chilean penal Reform during the past ten years. For that purpose, we proceed to review how this notion is perceived by the Law in a broad sense, the doctrine and the national Judisprudence, in order then to give step, from this prism, to the critical analysis of the recent penal reform.

KEYWORDS: Protected interest – Chilean recent penal reform – Illegality – Principle of injury.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. El bien jurídico en la legislación chilena: 2.1 Constitución Política de la República; 2.2 Código Penal chileno – 3. La recepción del bien jurídico en la doctrina chilena – 4. Recepción del bien jurídico en la jurisprudencia – 5. El bien jurídico en la reciente reforma penal – 6. A modo de conclusión.

1. Introducción

Como lo revela un reciente artículo,[1] el Derecho penal chileno vive un progresivo inflacionismo e intensificación. La reforma penal de los últimos diez años confirma esta aseveración, al punto de que se advierte un lento pero preocupante cambio de timón en las orientaciones del magisterio punitivo, alejándose cada vez más de su ideario liberal original. Que esto suceda en una democracia ganada a costa de grandes sufrimientos no deja de ser sorprendente y desconcertante.[2]

El decenio entre 1999 y 2009 ha cobijado reformas de suyo relevantes que en parte han modificado el panorama y plan del Código Penal, que data de 1875. En ellas es posible apreciar, de un lado, una marcada tendencia hacia el dogma de la "seguridad ciudadana"[3] y, de otro, una técnica legislativa desprolija, donde abundan los catálogos de núcleos típicos y delitos que parecen, al menos, innecesarios frente a otros remedios que ya se encontraban en el Código, pero que el desco-

1. Cfr. Dalbora, Guzmán. *Bosquejo y apreciación de la reciente reforma penal en Chile*. En *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, obra coordinada por José Luis Díez Ripollés y Octavio García Pérez. Madrid y Buenos Aires-Montevideo: Edisofer y BdeF, 2008, p. 167-199.
2. Desde el año 1990 gobierna el país una coalición de centro izquierda, siendo sus dos últimos presidentes militantes del Partido Socialista. Ello no impidió que el Poder ejecutivo, el año 2008, patrocinase, entusiastamente, un proyecto de ley que, en materia penal, endurecía el sistema de la reincidencia como circunstancia agravante y otorgaba mayores facultades al órgano responsable de la persecución penal, el Ministerio público, conculcando una serie de garantías reconocidas, incluso, constitucionalmente. Ello no debe percibirse como un fenómeno aislado, tal y como reconoce Díez Ripollés: "Que la actual política criminal de la izquierda europea vaya encaminada a menoscabar la criminalidad de los poderosos es un aserto de difícil justificación; como ha señalado algún autor, más bien nos encontramos ante la generalización de un desarme ideológico en su discurso políticocriminal, que se deja guiar por demandas coyunturales mediáticas y populistas, demandas que no suelen fijar predominantemente su atención en la criminalidad derivada de los nuevos riesgos". Es decir, la seguridad ciudadana. Ripollés, Díez. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. En la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-01, 2005, p. 1:12. Disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf. Acceso en: 04.01.2009.
3. Como apreciaremos en las conclusiones, la reforma penal chilena del último decenio responde a estas características.

nocimiento o la escasez de obras de doctrina – y por qué no decirlo, una franca ignorancia sobre cuestiones *ius* penales– motivan una constante elaboración y revisión.

Esta falta de prolijidad afecta, en cierto sentido, a la noción de bien jurídico como soporte material de la antijuridicidad o injusto, situación que se refleja particularmente en el principio de ofensividad: en efecto, existen varios ejemplos donde su respecto es, a lo menos, discutible, lo que parece dar cuenta de una utilización de la pena con fines más bien simbólicos, un efecto casi obligado del dogma de la seguridad ciudadana. Así, penas cada vez más elevadas, que no guardan relación con los intereses primordiales subyacentes, ni con la jerarquía de éstos dentro del ordenamiento, ocasionan un profundo sentimiento de confusión y frustración en la ciudadanía al percibir que mucho de lo que se legisla en esta materia no conduce necesariamente a condenas de penas privativas de libertad que, en el ideario popular, serían las únicas factibles para refrenar el fenómeno de la delincuencia.[4] Como es habitual, este defecto se achaca a los jueces y no al legislador.[5]

Sentadas estas premisas, el presente trabajo tiene por objeto dar una mirada general y breve acerca de cómo la noción de bien jurídico ha sido recibida en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de los últimos diez años en Chile. Se trata de una mirada panorámica, por lo que, desde ya, muchas conclusiones que se extraigan acerca de tal o cual delito en particular pueden resultar insatisfactorias o incompletas; ruego

4. Esta comprobación es patente, por ejemplo, en el caso del delito de manejo en estado de ebriedad sin causar lesiones, daños o muerte, en que un proyecto de ley de reciente data acusa a una suerte de desidia del Ministerio público la baja cantidad de condenas existentes, junto a otros factores (Boletín n. 4413-07, biblioteca del congreso nacional. El proyecto es de los diputados Juan Bustos Ramírez y Jorge Burgos). En verdad, más que una situación de desidia, las salidas alternativas que el Código procesal penal consulta, en la mayoría de los casos, son factibles de ser aplicadas en estos delitos, lo que podría ser revelador del escaso poder lesivo que muchas de estas situaciones consultan.
5. De hecho, los candidatos de todas las tendencias políticas que ambicionan el sillón presidencial, han sacado de la chistera, nuevamente, el viejo clisé de la "puerta giratoria", apuntando con prontitud a los jueces como los responsables de un verdadero clima de inseguridad rayano en el temor, más basado en encuestas de victimización que en estudios científicos responsables.

al lector, en estos casos, dirigirse a la doctrina autorizada que, en cada caso, se señalará.

2. El bien jurídico en la legislación chilena

En primer lugar, cabe dar cuenta de algunas características acerca de las leyes punitivas chilenas. El Código penal (en adelante Cp) data del año 1874, siendo su fecha de entrada en vigencia el primero de marzo de 1875. Si bien han existido proyectos de reforma total,[6] estos no prosperaron, manteniendo entonces una vigencia extraordinaria en comparación con los Códigos de la región,[7] siendo uno de los más longevos del orbe. Sin perjuicio de ello, es de notar que ha recibido numerosísimas reformas a lo largo de sus poco más de ciento treinta años, pero también es cierto que ellas se han concentrado más en el libro segundo, esto es, aquel que contiene la Parte especial,[8] naturalmente más afecta a recibir cirugía a lo largo de los años.

6. Se cuentan al menos, los siguientes: Erazo-Fontecilla, y Ortiz-Von Bohlen, ambos de 1929; Silva-Labatut, 1938; Novoa Monreal-Cousiño –Schweitzer (entre otros) de 1946 (Cfr. Rivacoba y Rivacoba. *Evolución histórica del Derecho penal chileno*. Valparaíso: Edeval, 1991, p. 85 y siguientes y Montt, Garrido. *Derecho penal – parte general*. Dos tomos, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, t. I, p. 174). A estas iniciativas debe agregarse el Anteproyecto de Código penal preparado por la denominada "Comisión Foro penal del Ministerio de Justicia", la cual trabajó entre el 08.05.2003 al 10.11.2005, entregando el proyecto al Presidente de la República el día 18 del último mes.

7. Rivacoba y Rivacoba. *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno*. Valparaíso: Edeval, 1974, p. 34.

8. La mayoría de las leyes que han modificado el libro primero, es decir, aquel que contiene la Parte general del Derecho penal, tienen una antigüedad acusada: la más antigua, la ley 4.447 es de fecha 23.10.1928 y reformó el artículo 10, n. 2 y 3, relativos a la inimputabilidad del menor de edad, elevando el umbral en que un sujeto lo era. La más reciente, la ley 20.084 es de 07.12.2005 y, curiosamente, dice relación con la misma cuestión, esto es, la responsabilidad de los adolescentes, declarando que el menor de dieciséis años está exento de responsabilidad penal y remitiéndose a una ley especial para la determinación de la responsabilidad de los mayores de esa edad y menores de dieciocho. Cfr (sólo respecto de la primera ley señalada) Rivacoba y Rivacoba. *Comentario preliminar al Código penal*, en el volumen *Texto y comentario al Código penal chileno*, dirigido por Sergio Politoff L. y Luis Ortiz Q. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, t. I,

Todavía no son numerosas las leyes penales fuera del Código, pero es de esperar que estas aumenten progresivamente ante las dificultades que pudiese presentar una reforma directa al Código. Las más relevantes son dos:[9] aquella que castiga delitos relativos al tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas (ley 20.000, de 16.02.2005) y la ley de responsabilidad penal adolescente (ley 20.084, de 07.12.2005, aunque su entrada en vigor sólo se produjo dos años más tarde). Fuera de ellas, existen numerosísimas leyes de la más variada índole que tipifican delitos y penas, inclusive en el Código de procedimiento civil, donde se halla el delito de desacato. Las más importantes, por su índice de aplicación son la ley 20.066, de violencia intrafamiliar, donde se tipifica el delito de maltrato habitual en este contexto, la ley 18.290 que contiene delitos relativos a la conducción de vehículos motorizados bajo la ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas y la muy reciente ley 20.357 de 18.07.2009 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes de guerra, producto de la ratificación por parte del Estado de Chile del Convenio de Roma.

2.1 *Constitución Política de la República*

La Constitución Política de la República data del año 1980, aunque entró en vigor en forma incompleta al año siguiente: solo desde 1989 posee aplicación completa. Se trata de un cuerpo normativo heredado de la dictadura militar que gobernó al país entre los años 1973 y 1990 y sometida a un proceso plebiscitario espurio, toda vez que la ciudadanía no tenía otra opción o proyecto constitucional al cual optar y porque se realizó en un clima de desinformación cívica alarmante.[10]

Sin perjuicio de ello, la Comisión redactora trató de dar una fisonomía liberal a la carta, según las orientaciones del neoliberalismo norte-

p. 21 a 23 (donde aparece una tabla con las modificaciones sufridas por el Código, elaborada por Roberto Navarro Dolmestch).

9. Me refiero aquí a leyes de contenido predominantemente penal y que tipifiquen delitos o alteren las reglas generales establecidas en el título primero del Cp; fuera de ellas, hay que hacer mención a la ley 18.216, de 14.05.1983, que establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y al Decreto ley n. 321, de 12 .12.1925, sobre libertad condicional.

10. Por lógica, el plebiscito, instancia de participación democrática, no puede desarrollarse en forma correcta en un régimen que rechaza este régimen político.

americano, por lo que es un producto muy característico de gobiernos autoritarios que pretenden implantar el capitalismo occidental como modelo económico y que, por tanto, no pueden sesgar las libertades y garantías fundamentales, no, a lo menos, permanentemente.

En materia penal, las disposiciones más importantes se encuentran en el artículo 19, el cual consagra una serie de libertades y garantías fundamentales que la Constitución asegura a todas las personas. En su numeral tercero, que consagra la igualdad de la protección de la ley en el ejercicio de los derechos, sus incisos sexto, séptimo y octavo contienen, de un lado, la prohibición de la presunción de derecho de la responsabilidad penal y el principio de legalidad,[11] respectivamente. Respecto de la primera disposición, es de hacer notar que se prohíben sólo las presunciones *iuris et de iure* y no las presunciones *iuris tantum*, lo que deja abierta la puerta y justifica al legislador en la elaboración de presunciones de responsabilidad que pudiesen ser destruidas por prueba en contrario.[12] En lo que nos ocupa, la disposición podría ser útil en el sentido de que exigiría en todo delito la lesión o puesta en riesgo (concreto) de un bien jurídico, desautorizando cualquier disposición en donde no exista ninguno o en que su afección sea de una entidad valorativa muy menor. En todo caso no parece suficiente, pues su formulación, según los redactores de la carta fundamental, iba encaminada a dar fijeza y jerarquía constitucional a la presunción de inocencia, o sea, una cuestión relativa a la culpabilidad y orientada al proceso penal.[13] Luego, porque permite la existencia en materia penal de presunciones *iuris tantum*, que, a pesar de no poseer los contornos incontrovertibles de una presunción de Derecho, repugnan a la naturaleza esencialmente realista del magisterio punitivo, que pretende encontrar la verdad material de un suceso con caracteres delictivos, más que una suerte de verdad procesal deducida de ciertos hechos conocidos.

En verdad, la mayor parte de la doctrina chilena está conteste en que la Constitución no ha consagrado el principio del bien jurídico, exclusiva protección de bienes jurídicos o de merecimiento de pena, en forma

11. Curiosamente, sólo de las penas.

12. Dicha disposición entra en conflicto con el Código procesal penal de 2000, el que en su artículo 4.° consagra el principio de inocencia.

13. Cfr. BASCUÑÁN, Silva. *Tratado de Derecho constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, t. XI, p. 160.

expresa,[14] aunque todos pretenden deducirlo de otras disposiciones de la misma carta, particularmente del principio de legalidad, contenido en el mismo artículo y número, en sus incisos 7.º y 8.º, pues "el tipo legal sólo puede determinarse realmente, esto es, conocerse su contenido preciso y alcance efectivo, sus límites, a partir del bien jurídico protegido"[15] o porque la Constitución consagra un determinado modelo de descriminalización, basado en el respeto del contenido mínimo de los derechos consagrado en el artículo 19 n. 26 de la Carta fundamental, o porque se extrae de los conceptos que la Constitución emplea, tales como *República democrática* y de la limitación a la soberanía basada en el respeto de los derechos fundamentales, que permitiría reconstruir el concepto de bien jurídico desde la Constitución, del mismo modo que se ha hecho en Alemania, España o Italia, descartando así la posibilidad de "atribuir el carácter de bienes jurídicos a prescripciones morales o ideológicas, lesionando las libertades básicas de los ciudadanos amparadas por la Carta Fundamental".[16] Con todo, sigue siendo insuficiente como para adscribir a la tesis de que este principio posea, en efecto, consagración Constitucional expresa.

2.2 *Código Penal chileno*

Con respecto al Código penal chileno, a pesar de su factura e inspiración de índole liberal,[17] no consagró exigencia alguna relativa a que, tras cada delito, debiese siempre considerarse la existencia de un

14. Cfr. Acuña, Matus. *Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*. En la *Revista Universum*, 1996, Talca n. 11, p. 123 a 132. Figueroa, Mera. *Derechos humanos en el Derecho penal chileno*. Santiago: Conosur, 1998, p. 148. Urzúa, Cury. *Derecho penal – Parte general*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 55.

15. Figueroa, Mera; p. 148.

16. Cury, ob. cit., p. 55. En todo caso el autor, al considerar la noción de bien jurídico como preexistente a su consagración como tal en el Derecho, no considera necesaria su incardinación constitucional. Cfr. Ídem, p. 55. En el mismo sentido, Politoff, Matus y Ramírez. *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 69.

17. "El Código chileno pertenece al período que con mayor o menor impropiedad suele denominarse clásico, o sea, la etapa más ricamente creadora en la evolución del Derecho penal codificado. Ha de ser, pues, un código humanitario, racionalista, clásico, individualista, igualitario y liberal". Rivacoba y Rivacoba. *Evolución histórica del Derecho penal chileno*. Valparaíso: Edeval, 1991, p. 68.

interés, concreto y medible, para la interpretación de los tipos de la Parte especial.[18] Dada esta constatación, obviamente, no emplea en su articulado esta expresión. De partida, el artículo primero, que ensaya una definición de delito, no contiene ninguna referencia acerca del contenido material del ilícito, aunque ya sabemos que las definiciones legales "nada enseñan a los doctos y nada aclaran a los profanos".[19] Con todo, es posible reconocer esta idea en algunos sectores del libro primero, en dos sentidos. *Primero*, cuando el Código del ramo realiza referencias a males o a resultados diversos del delito que se había propuesto. En esta primera posibilidad podemos observar dos situaciones: 1) por una parte, a través de aquellas disposiciones que emplean frases tales como "el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias" (art. 11 n. 7), "otros males innecesarios para su ejecución" (art. 12 n. 4),[20] "la mayor o menor extensión del mal producido por el delito" (art. 69),[21] que, creemos, responden a la idea lesión de bienes jurídicos; 2) En la misma línea, existen otras disposiciones que, sin emplear estos términos, permiten arribar a la misma conclusión: se trata de aquellas que se refieren a la producción de otros resultados diferentes de aquellos que el autor se hubiese trazado como principal: *v.gr.*, cuando el art. 12 n. 3 señala que es circunstancia agravante "ejecutar el delito mediante inundación, incendio, veneno u otro artificio que pueda *ocasionar grandes estragos* o *dañar* a otras personas"; o, en el caso del mismo artículo, en su numeral 9, al decir "emplear medios o hacer que concurran circunstancias que *añadan la ignominia* a los efectos propios del hecho", etc.[22]

18. No lo consagró, en parte, porque funda el derecho de castigar en el orden moral. Cfr. Ídem, p. 61 y, también, por el hecho que la noción "bien jurídico", si bien comenzó a ser elaborada entre el siglo XVIII y principios del siglo XIX por Tittman y Birnbaum (Cfr. Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho penal*. Publicados, 7 vol. Buenos Aires: Losada, 1992, t. III, p. 103; Cury, ob. cit., p. 53), sólo alcanza un pleno desarrollo con Binding y Von Liszt, a fines de la señalada centuria. (Cfr. Maurach y Zipf. *Derecho penal* – Parte general. Dos tomos. Buenos Aires: Astrea, 1994, t. I, p. 334).

19. La famosa frase es de Jiménez de Asúa. Cfr., et. vol. cit., t. III, p. 77.

20. Estos artículos (11 y 12) consultan el catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes, respectivamente.

21. El art. 69 se halla contenido en el párrafo cuarto, título III del libro I del Código penal, que tiene la rúbrica "De la aplicación de las penas".

22. Es tradicional en la doctrina chilena clasificar las circunstancias que modifican la responsabilidad penal en dos grandes grupos, subjetivas y

Una *segunda* posibilidad de observar la recepción de la teoría del bien jurídico está en su sistema de penas, ubicado en los artículos 3.°, 4.° y 21 y siguientes del Código. Dado que la noción en estudio posibilita, además, una adecuada jerarquización de ellos, reservando las penas más graves para aquellos ilícitos que protegen intereses más caros y relevantes para el orden social y respecto de sus ataques más graves, el sistema de sanciones debiese recoger esta función, consultando una amplia gama de posibilidades de punición que se adapten, "como un guante a la mano", tanto a la antijuridicidad como a la culpabilidad. Es efectivo que el Código posee muchas y muy variadas penas, reflejo del racionalismo y del liberalismo que lo inspiran, pero también de la desconfianza en el arbitrio judicial, propio de su época.[23] De ello deriva, también, el complejo sistema de circunstancias y las reglas de determinación de las penas que suele amordazar la labor judicial; mas ya hemos hecho mención al art. 69 del cuerpo legal en comento, el cual señala que "dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito". Creo que, si se parte de la base que la palabra "mal" debe reconducirse a los conceptos de lesión o puesta en peligro –como únicos resultados posibles en el Derecho penal– y esas lesiones o puestas en peligro deben ser respecto de bienes jurídicos, tenemos entonces una norma de notable riqueza, que obliga al juez no sólo a ponderar las circunstancias existentes en el catálogo, sino también a verificar la verdadera y real afección al bien jurídico tutelado tras la norma para morigerar o amentar la pena en el caso concreto que se coloca en su conocimiento.[24]

La Parte especial del Código tampoco hace referencias respecto de la noción en estudio, aunque hay que reconocer que no tiene por qué hacerlo. Es perfectamente factible, desde una interpretación teleológica, arribar al preciso interés o a los intereses tutelados, aun cuando el texto legal no señale cuáles afecta o puede afectar el ilícito. Sin embargo,

objetivas; sin embargo, la clasificación de objetivas no implica para la doctrina nacional, necesariamente, lo que hemos afirmado, es decir, que se trate de circunstancias que lesionan o ponen en riesgo otros bienes jurídicos, haciendo, más bien, referencias al resultado, en general.

23. Cfr. Rivacoba y Rivacoba. *Evolución*, p. 63.

24. Veremos más adelante que, a pesar de la importancia de la norma, los jueces se muestran reacios a emplearla.

algunas cuestiones de esta parte del Código trasuntan una cierta concepción acerca de la jerarquía, en ellos existente, que es preciso hacer presente. A pesar de su raigambre liberal, parte el libro II, consagrado a los delitos en particular, con los crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado (título I, libro segundo, arts. 106 a 136), que parece un mentís a las loables inclinaciones que lo inspiraron, toda vez que el liberalismo, como doctrina política, alzaprima al individuo y sus bienes por sobre cualquier otro interés. Este principio no puede percibirse en una ordenación de delitos que parta con aquellos que ofenden a quien, precisamente, debe ser el servidor de la persona humana; luego, en efecto, y, casi al terminar el libro segundo, figuran los crímenes y simples delitos contra las personas (título VIII, libro II, arts. 390 y siguientes), donde, recién, encontramos el homicidio y otras figuras que atentan contra la vida y la salud individual. Las penalidades asignadas demuestran una desproporción aberrante; doy como ejemplo aquella asignada al homicidio, (Art. 391 n. 2) que consiste en el presidio mayor en sus grados mínimo a medio, misma penalidad de la violación (art. 361)[25] y la castración (art. 395), y menor que la del robo con violencia o intimidación en las personas, que consulta nada menos que el presidio mayor en sus grados mínimo a máximo. Este sólo ejemplo, a propósito de delitos que el Código considera, los primeros tres contra las personas y el último contra la propiedad, refleja el cariz altamente arbitrario en la asignación de la penalidad que esconde una visión acerca del valor y jerarquía de los bienes que no se condice con lo que cada uno de ellos es específicamente, echando por la borda cualquier intento dogmático de ordenar axiológicamente los delitos a partir de sus penas y, así, ubicarles partiendo por los más importantes y rematando con aquellos que, si bien protegen intereses de relevancia, no resultan ser tan indispensables para la vida en comunidad.

Ahora bien, el libro II ordena los delitos en títulos y éstos, a su vez, en párrafos; mas de sus rúbricas es difícil deducir los bienes tutelados por las disposiciones que los componen, pues, por un lado, si bien se sirve para titular cada capítulo de la preposición "contra" (crímenes y simples delitos *contra* la seguridad interior del Estado, crímenes y simples delitos *contra* la fe pública, etc.), en todos encontramos ilícitos de muy variopinta especie que no poseen el mismo objeto jurídico: ejemplo de lo anterior es el paradigmático Título VIII, que, como ya

25. No era esta la penalidad original que el Código reservaba para este delito, sino el presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio, reflejando un criterio mucho más razonable y proporcionado.

indicamos, se intitula "crímenes y simples delitos contra las personas", integrando delitos que ofenden la vida (arts. 390 a 393 y luego 404 a 409), la salud individual (395 a 403 bis) y el honor (416 a 420); por otra parte, en las subdivisiones o párrafos de cada título, el Código emplea, indistintamente, una fórmula meramente descriptiva, por ejemplo, "de la moneda falsa" o, con cierta pretensión de dar luces acerca del interés protegido a través de sus sanciones, por ejemplo "crímenes y simples delitos contra la *salud pública*" o "crímenes y simples delitos contra el *estado civil de las personas*". En todo caso es muy dudoso que el legislador, tanto el original como el posterior, hubiese tenido una idea clara acerca de qué bienes se ofendían con cada uno de los delitos; en verdad, reflejan cierta tendencia a agruparlos en torno al objeto material de cada tipo, aunque tampoco de ello es posible extraer premisa alguna.

Por último, el Código se abstiene de emplear términos como "ofenden" o"lesionan", que podrían relacionarse directamente con el principio de ofensividad, aunque sí emplea con cierta frecuencia el término "peligro", "poner en peligro" o "con peligro para las personas", pues, se entiende que la presencia de estos términos, implica que el tipo exige una efectiva puesta en riesgo, elemento diferenciador entre los delitos de peligro concreto y abstracto.

Respecto de las leyes penales que yacen extra muros del Código, al ser ellas en su mayoría de muy reciente data, serán analizadas en el acápite correspondiente a la última reforma penal.

3. La recepción del bien jurídico en la doctrina chilena

La ciencia penal chilena, si bien ha contado con figuras de peso, incluso internacional, ha tenido un lento desarrollo[26] que ha recibido un incremento, podríamos decir, geométrico, sólo en los últimos 15 años.[27] Sus primeros representantes fueron, principalmente, comentaristas del

26. Esto puede deberse a múltiples factores: los programas de doctorado en Derecho en Chile son recientísimos; el aislamiento geográfico impidió, durante décadas, la emigración masiva de jóvenes profesores al extranjero; los diecisiete años de dictadura militar segaron muchas carreras o impidieron el normal desarrollo de otras, etc.

27. Cfr. Matus y Carnevali. *Análisis descriptivo y cuantitativo de los artículos de Derecho penal y Criminología de autores chilenos en Revistas publicadas en Chile (1885-2006)*. En *Política Criminal*, n. 3, 2007, 1-138, p. 8, gráfico 1. Disponible en http://www.dpenal.cl/politcrim/n_03/d_2_3.pdf. Acceso: 04.01.2010.

Código de 1874, siguiendo el trabajo de Pacheco, genial comentarista del Código español de 1848. En el siglo XX autores como Pedro Ortiz, Gustavo Labatut Glena o Raimundo del Río, fueron fuertemente influidos por el positivismo;[28] sin embargo, en el desarrollo de la pasada centuria, puede percibirse una leve inclinación hacia una el neokantismo penal en figuras de renombre como Sergio Politoff o Eduardo Novoa Monreal (aunque este último mucho más causalista), sin perjuicio de que el finalismo ha tenido señeros representantes en los profesores Enrique Cury Urzúa y Juan Bustos Ramírez. Actualmente sería una misión ambiciosa y que supera con creces los propósitos de este trabajo, intentar dejar sentado un panorama de la Ciencia penal en Chile en las influencias y sistemas que guían su trabajo.

La recepción del concepto de bien jurídico en la doctrina sólo aparece a mediados del siglo pasado. Así, autores como Raimundo del Río o Gustavo Labatut no lo mencionan ni en los principios introductorios de sus obras, o en la teoría del delito ni en la antijuridicidad. En términos conceptuales, la mayoría de los autores reconoce que se trata de entidades metajurídicas, es decir, cuyo origen se halla en las relaciones sociales que conforman el orden jurídico y que, por ello, no se hallan expresadas en la ley. Podemos encontrar definiciones materiales, espiritualizadas o metodológicas del bien jurídico. Dentro de las primeras, autores como Cury o Náquira lo identifican con estados, sociales o de cosas, siempre valiosos y que, por ese valor, son reconocidos por el Estado, asignándoles protección.[29] Como relaciones

28. Si bien es cierto que el positivismo penal no logró imponerse en Chile, sus postulados laten en numerosas leyes de contenido punitivo, lo que ha llevado a un autor a asegurar que "no fue un movimiento tardío en Chile ni dejó como secuela sólo una ley inoperante y los fundamentos de las investigaciones criminológicas. Su influencia, bajo diversas denominaciones y justificaciones, permanece vivamente hoy en nuestro sistema legal, en la discusión pública, en la investigación criminológica más avanzada y, por cierto, en el anteproyecto de nuevo código penal". ACUÑA, Matus. *El Positivismo en el Derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente*. En la *Revista de Derecho*, de Valdivia. vol. 20 n. 1, julio de 2007, p. 175-203, p. 197.

29. El primero de los autores define bien jurídico como "estados sociales valiosos, que hacen posible la convivencia y a los que, por eso, el ordenamiento jurídico les ha otorgado reconocimiento". Cury, ob. cit, p. 52. Jaime Náquira lo define como "todo bien o estado de cosas o unidad funcional social, de carácter ideal, proveniente de la persona o del orden social

sociales valiosas, que surgen de una síntesis normativa de discusión y confrontación lo definen Bustos y Hormazábal;[30] esta postura que observa a estos bienes como metajurídicos también es compartida por Politoff, Matus y Ramírez, quienes, además, relacionan el concepto con el de "objeto jurídico", muy propio de la dogmática italiana.[31] De un sentido similar, es decir, reconociendo que se trata de entidades previas al Derecho, parece ser la definición que nos ofrece Oliver Calderón: "presupuestos existenciales e instrumentales que las personas necesitan para su autorrealización en la vida social".[32] Mucho más positivista es el concepto recogido por Novoa Monreal en su "Curso de Derecho penal": "Son valores que emanan del ordenamiento jurídico compuesto por el Derecho. La última razón de estos valores es el cumplimiento de los fines que el derecho persigue: la existencia de una vida social tranquila y pacífica que asegure el respeto de la persona humana y que facilite al hombre el cumplimiento de su superior destino".[33] Partidario de una definición *espiritualizada* es Garrido Montt, quien toma la definición de Welzel y señala, entonces, que "es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social, es protegido jurídicamente".[34] Dentro de las obras que se refieren a cuestiones de la Parte especial, Guzmán Dalbora, a propósito del delito de amenazas, opera bajo una concepción *metodológica* del bien jurídico, identificándolo con el fin de la norma, es decir, un concepto *teleológico* de aquel,[35] alejado de aquellos de índole más bien material.

comunitario que por estimarse valioso e indispensable para el digno, justo y responsable desarrollo del individuo o de la colectividad en democracia y libertad, está jurídico-penal-mente protegido. RIVEROS, Náquira. *Derecho penal. Teoría del delito.* Santiago: McGraw Hill, 1998, t. I, p. 72.

30. Cfr. Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho penal.* Dos volúmenes, Madrid: Trotta, 1997, t I, p. 59.

31. Cfr. POLITOFF, Matus y Ramírez, ob. cit., p. 191.

32. CALDERÓN, Náquira. *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 304.

33. MONREAL, Novoa. *Curso de Derecho penal chileno. Parte general.* Dos tomos. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, t I, p. 16.

34. MONTT, Garrido. *Derecho penal.* Parte general. Dos tomos. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, t. I, p. 63.

35. Cfr. DALBORA, Guzmán. *El delito de amenazas.* Santiago: Lexis Nexis, 2001, p. 16.

Respecto a sus *funciones* se reconocen, al menos, dos: una política o de garantía, en todo caso *de lege ferenda*, y otra hermeneútica, teleológica, sistemática o exegética del bien jurídico, esta vez, *de lege lata*. Respecto de la primera, se reconoce que, tras ella, "yacen, en verdad, viejos problemas escolares, esto es, de iusfilosofía punitiva"[36] y de dificultades no menores, pues aparecen a la hora de "precisar cuáles son los criterios que deben dar base al concepto material de bien jurídico",[37] pues se conecta con cuestiones tales como la justificación del *ius puniendi*. Esta función es reconocida abiertamente en la Parte general de Politoff, Matus y Ramírez, quienes, basados en Hassemer, sostienen que esta función implica "la posibilidad de decidir cuándo, con respecto a determinados bienes jurídicos, el derecho penal constituye un instrumento necesario y apropiado. (...) Tal noción importa, además, como dirección de política criminal (...), impugnar toda pretensión del legislador de limitar la libertad individual, mediante incriminaciones, cuando no se trate de afirmar la enérgica tutela de un *bien jurídico*".[38] De modo similar, Cury señala que, dado que en la sociedad contemporánea la soberanía procede del pueblo, "sólo se justifica la protección penal de bienes que pertenecen a todos los integrantes de la comunidad",[39] como una forma de rechazar la incriminación de conductas que no lesionen o pongan en peligro un bien específico, sino sentimientos éticos o morales,[40] misma conclusión a la que arriba Raúl Carnevali, refiriéndose a éste como "principio de exclusiva protección de bienes jurídicos",[41] No es el único autor chileno que ha comenzado a referirse a este principio, extraído del propio concepto en estudio: también lo hacen Oliver[42] y Bustos y Hormazábal;[43] pero, mas mientras para Carnevali, aparentemente, se trata

36. Ídem, p. 18.
37. Carnevali. *Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales*. En la *Revista Chilena de Derecho*. Valparaíso, vol. 27, n. 1, 2000, p. 135 a 153, p. 137.
38. POLITOFF, Matus y Ramírez, ob. cit., p. 68.
39. Cury, ob. cit., p. 53.
40. Cfr. Bustos y Hormazábal, ob. cit., p. 61, y Náquira, ob. cit., p. 74.
41. Cfr. RODRÍGUEZ, Carnevali. *Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*. En *Ius et Praxis*, Talca, n.1, año 14, 2008, p. 13 a 48, p. 43.
42. Cfr. CALDERÓN Oliver. ob. cit., p. 304 y siguientes.
43. Cfr. Bustos y Hormazábal, ob. cit., p. 69.

de un principio independiente, incardinado directamente en los límites del *ius puniendi*, Oliver, en cambio, considera que deriva del "principio de prohibición de exceso o principio de proporcionalidad en sentido amplio".[44] Aún no existe en nuestro país un desarrollo acabado de estos principios originados en la noción de objeto jurídico, que presentan no pocos problemas e interrogantes.[45]

La segunda función tradicionalmente asignada al concepto de bien jurídico es una función metodológica, de interpretación, teleológica e incluso exegética, es decir, que el bien jurídico sea una noción que permita dar con el sentido objetivo de una incriminación determinada. La mayoría reconoce esta función: "el bien jurídico constituye un concepto esencial para la interpretación de los tipos legales previstos en la legislación vigente, particularmente para determinar su ámbito y extensión para su clasificación".[46] Asignándole una función "exegética" y "sistemática" Náquira señala respecto de la primera, luego de señalar que el bien jurídico es, sin duda, un criterio teleológico guía en la interpretación de la ley, que "el bien jurídico es un núcleo central vivo del tipo penal en torno al cual giran, se sustentan y se explican todos los elementos objetivos y subjetivos".[47] Respecto de la segunda, dice que "es un criterio jurídicopenal adecuado para clasificar las diversas figuras delictivas contenidas en la parte especial de la legislación penal, considerando la gravedad del ataque".[48] Esta función central del objeto jurídico se repite en Guzmán Dalbora, para quien es "necesario punto de referencia para el esclarecimiento de todo el plexo de problemas de

44. Luego de pasar revista a sus denominaciones y consagración constitucional, el autor se detiene en el análisis de su contenido, desmembrado en los subprincipios de idoneidad o adecuación al fin, necesidad, dividido a su vez en exclusiva protección de bienes jurídicos, subsidiriedad y fragmentariedad y, por último, proporcionalidad en sentido estricto. Cfr. Oliver, ob. cit., p. 294 y siguientes.

45. Resume las críticas a estos conceptos García Pérez. *La punibilidad en el Derecho penal*. Madrid: Aranzadi, 1997, p. 53. Las considera expresamente como condiciones para la determinación del concepto de bien jurídico NAVARRETE, Polaino. *El injusto típico en la teoría del delito*. Buenos Aires: Mario A. Viera Editor, 2000, p. 507.

46. POLITOFF, Matus y Ramírez, ob. cit., p. 69.

47. Náquira, ob. cit., p. 74.

48. Ídem.

cada tipo".[49] En términos más acotados, como elemento constitutivo de la antijuridicidad, lo considera Novoa Monreal, pues "para establecer, en consecuencia, si una conducta típica es contraria al Derecho, es decir, si es sustancialmente injusta, es preciso empinarse por sobre la mera descripción formal, carente de contenido valorativo, que aparece en el tipo y juzgarla impersonalmente en relación con todo el ordenamiento jurídico. Comprobado que esa conducta no guarda la debida conformidad con las exigencias del Derecho, lo que concretamente sucede cada vez que lesiona o pone en peligro un bien jurídico determinado, hemos de tenerla por injusta o antijurídica".[50] Estas dos funciones son reconocidas también por Matus.[51] De las definiciones entregadas se desprende el principio de ofensividad, llamado a veces lesividad[52] y que impone la exigencia de observar una efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico en cada caso concreto para estar en presencia de un delito.[53]

49. DALBORA, Guzmán. ob. cit., p. 15.

50. MONREAL, Novoa. ob. cit., p. 313.

51. Cfr. Matus, ob. cit., p. 123.

52. Por ejemplo, emplea ambos términos Rodriguez Collao y Ossandón Widow. *Delitos contra la función pública*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, cfr, p. 95. Prefiero la utilización del término "ofensividad" en lugar de "lesividad" toda vez que este último resulta demasiado estrecho, ya que hace referencia sólo a los delitos de lesión y no a los de peligro, donde el resultado no es el menoscabo o destrucción de un bien, sino su puesta en riesgo, la que también se considera "ofensiva" para los bienes jurídicos.

53. No me resisto a transcribir la definición, extensa, pero completísima, elaborada por Manuel de Rivacoba y Rivacoba: "El Derecho penal, por regular el comportamiento exteriorizado e intersubjetivo de los hombres, tiene que ocuparse de los objetos en que se ocupa este comportamiento por el valor que poseen y el interés que representan para los hombres mismos y para la sociedad que los agrupa, de la que reciben y a la que prestan medios de realización recíproca y sólo en cuyo seno puede aseverarse, en una acepción que sea más que simplemente biológica, que viven; objetos pues que los hombres consideran importantes y aprecian o estiman, elevándolos con ello de meras cosas a verdaderos bienes e incardinándolos en sede de cultura. Los hay de tanta monta y excelencia y estimados hasta tal grado, que no basta para preservarlos una protección de hecho, sino que se los protege jurídicamente, prescribiendo y proscribiendo conductas al efecto, y algunos revisten una significación tan eminente y despiertan un interés tan alto, sea para la subsistencia y organización de la comunidad, o como medios y condiciones de vida y desarrollo de los individuos que la

4. Recepción del bien jurídico en la jurisprudencia

Desde el año 2005, el Tribunal Constitucional chileno se halla dotado de una importante atribución, antes radicada en la Corte Suprema, cual es la de declarar inaplicables preceptos legales por entender que éstos son contrarios a la Constitución y declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal con efecto *erga ommes*.[54] El trabajo realizado por este Tribunal hasta ahora nos permite apreciar como entiende la noción de bien jurídico en materia penal, pues, si bien reconoce su existencia e importancia, termina con una posición más bien ambigua sobre el particular, ambigüedad que pretendo dejar sentada a través de dos sentencias. En la primera, la sentencia rol n. 793 de 21.08.2007, se solicitó la declaración de inaplicabilidad del artículo 292 del Código penal,[55] entre otras cuestiones, porque, al tratarse de un delito de peligro abstracto, vulneraría el principio de ofensividad, derivado del concepto de bien jurídico, ya que, al tratarse de una presunción *iuris et de iure*, el preciso menoscabo o puesta en riesgo de una conducta no serían relevantes. El Tribunal acoge este argumento en su considerando décimo quinto, al decir que "las limitaciones impuestas por el derecho penal a los derechos esenciales derivan de su necesidad de proteger bienes jurídicos trascendentes. No se establecen para castigar la mera desobediencia del ordenamiento jurídico, sino que deben ser idóneas para la

componen, que los atentados contra ellos ponen en movimiento la rama jurídica que expresa y concreta la desvaloración o reprobación más intensa de ciertas acciones u omisiones, sancionándolas con la mayor severidad. Por donde se ve que el Derecho penal, así como es respuesta a dichos ataques, no puede obrar, ni siquiera cabe imaginarlos sin que medie una significativa afectación de algún bien de esta índole, o sea, de un bien jurídico de notable entidad, se hace patente el principio de ofensividad". Rivacoba. *Principios*, ob. cit., p. 67.

54. El artículo 93 de la Constitución señala lo siguiente: "Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6.° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución; 7.° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior".

55. Artículo 292. Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.

finalidad de protección referida". Luego, en consonancia con lo anterior, en su considerando décimo octavo, estima que la única opción para que estos delitos sean conciliables con el principio de "lesividad" es su interpretación como delitos de peligro concreto, pues, parte de la base de la presunción de "legitimidad que emana de los actos del legislador" (Considerando décimo séptimo).[56] Es decir, reconoce expresamente el principio de ofensividad como parte de la noción de bien jurídico, tanto desde una perspectiva político criminal o *de lege ferenda*, como metodológica o sistemática, es decir, *de lege lata*. Diverso, en cambio, es lo expuesto en la sentencia n. 825, de 06.03.2008, respecto del artículo 450 inciso primero del Código penal[57] que equipara las penas de la tentativa con las de la consumación en los delitos de robo con violencia o intimidación y robo con fuerza en las cosas.[58] Así, su considerando décimo octavo señala expresamente "que la existencia de un trato diferente para una cierta categoría de delitos no es suficiente para concluir que ello es contrario a la Carta Fundamental, pues ésta no prohíbe establecer diferencias, sino que hacerlo arbitrariamente, esto es, careciendo de fundamento razonable que pueda justificarlas". Luego, en el considerando vigésimo primero, sostienen que "a esta Magistratura no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad". Y respecto de ella, el considerando vigésimo segundo señala que "en virtud de su supresión, los responsables de delitos que hayan quedado en grado de tentados o frustrados recibirán las mismas penas asignadas por la ley a los respectivos delitos, sólo que sin beneficiarse de las disminuciones que la ley asigna, en general, a los responsables de otros delitos no consumados. Imponer este gravamen

56. Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, rol n. 93 de 21.08.2007, Disponible en www.tribunalconstitucional.cl, acceso en: 23.11.2009.

57. "Artículo 450. Los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo 440 del párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa".

58. Se trata de un viejo reclamo doctrinal la desaparición de esta equiparación. Ver por todos POLITOFF, Matus y Ramírez. *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte especial. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 380. En todo caso, me merece dudas su posición respecto, precisamente, a la proporcionalidad. Cfr. ídem, p. 380, nota 4.

y trato diverso no puede considerarse tan desproporcionado al logro del fin de prevención general asignado a las penas como para calificarlo de arbitrario o carente de razonabilidad". Estos argumentos permiten concluir que, a pesar de entender el concepto de proporcionalidad, éste no es suficiente para desplazar criterios de eficacia o eficiencia del sistema, que justificarían, sin más, las penas que el legislador señale, siempre y cuando éstas sean respetuosas de algunos principios. La conexión con el concepto de bien jurídico no se divisa en la argumentación precedentemente citada.[59]

En cuanto a la Jurisprudencia de los tribunales ordinarios, no es frecuente, ni en los juzgados de primera instancia ni el las Cortes, examinar desde el bien jurídico los actos constitutivos de delitos;[60] por el contrario, más bien se alude a él cuando existen problemas interpretativos en que los restantes elementos del tipo resultan insuficientes para arribar a una solución. Frecuentemente estos problemas dicen relación con cuestiones acerca de la lesividad, la cual es particularmente compleja en ciertos delitos: aquellos que se configuran como "de peligro abstracto", aquellos referidos a bienes supraindividuales y, finalmente, aquellos tocantes a la "moralidad sexual". Por ello, el examen que se realizará a continuación, en el entendido que un estudio más profundo rebasa los límites de este trabajo, se concentrará en algunas sentencias, muy paradigmáticas, acerca de ciertos delitos que responden a las características arriba enunciadas.

Existe cierto consenso en que el delito de tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, castigado en la ley n. 20.000[61] ofende

59. Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, rol n° 825 de 06.03.2008. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl, Acceso en 23.11.2009. Con todo, existe un largo fallo disidente de los ministros Hernán Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza que considera la proporcionalidad como un principio independiente y que el artículo 450 del Código penal vulnera. Tampoco en éste fallo disidente se aprecia que la proporcionalidad derive del concepto de bien jurídico.

60. Para Cury, es también tarea de la jurisprudencia el desarrollo de un concepto de bien jurídico semejante a las propuestas doctrinales europeas, cuestión que no ha sucedido, pues "la jurisprudencia sólo ha acogido en forma parcial las ideas que lo sustentan". Cury, ob. cit., p. 53.

61. Artículo 3.°.– Las penas establecidas en el artículo 1.° se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas

la salud pública, por el peligro radicado en la posibilidad de su difusión incontrolable de las sustancias prohibidas.[62] Para ello, se estima que la *calidad* de la sustancia puede ser un elemento de juicio al momento de determinar la penalidad asignada, tal y como lo señala el propio artículo 1 de la mencionada ley,[63] mas cuando se ha tratado el problema en sede judicial, se tiende a desechar la argumentación o, derechamente, a no considerarla. Por ejemplo, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, rol n. 98-2005, frente a un caso de un estupefaciente con un grado de pureza de sólo el 53%, elude el tema –a pesar de haber sido

y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias.

Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas.

Artículo 4.°.– El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1.°, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.

Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título.

62. Cfr. POLITOFF, Matus y Ramírez, *Parte especial*, p. 573.

63. Artículo 1.°.– Los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización, serán castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado.

planteado por el abogado defensor– y confirma la sentencia sin pronunciarse acerca del reclamo de falta de lesividad.[64] Similares conclusiones pueden hacerse de otras sentencias[65] en que es posible percibir que el objeto jurídico tutelado no se encuentra presente en la mente de los sentenciadores, los cuales parecen conformarse con la mera adecuación de la conducta al tipo para dar por verificado el delito o, a lo menos, no haciéndose cuestión acerca de estas alegaciones. Un derrotero similar sigue, ya referidos a la categoría de delitos de peligro abstracto, el manejo en estado de ebriedad, delito tradicionalmente asociado a aquella categoría delictiva, la cual, se concluye, no exige lesión ni concreta puesta en riesgo, pues el peligro es sólo el *motivo* del legislador. Las escasas sentencias que se hacen cargo del bien jurídico afectado, parten afirmando que estos delitos no requieren de "intención dolosa ni resultados antijurídicos toda vez que la protección de la ley no recae inmediatamente sobre la integridad de personas o cosas, sino que el bien jurídico protegido es la seguridad pública, común o colectiva",[66] párrafo un tanto contradictorio, pues si no hay exigencia de antijuridicidad, eso significa que no debe registrarse lesión o puesta en riesgo de ningún interés, a pesar que sostiene que lo tutelado es la seguridad.[67] En todo caso, son bastante ilustrativas de lo que se entiende por esta categoría, interpretación que, además, se encuentra en franca contradicción con el principio de ofensividad. Finalmente, en este rápido repaso de la jurisprudencia nacional, nos referiremos, en particular, al delito de almacenamiento de material pornográfico en que se hayan empleado menores de edad. Se encuentra

64. SCA Iquique rol n. 98-2005, Disponible en: http://vlex.com/libraries/jurisprudencia-chile-150, Acceso en: 23.11.2009. Una conclusión parecida puede extraerse de la SCA Valparaíso, rol n. 10-2007, Disponible en http://vlex.com/libraries/jurisprudencia-chile-150, Acceso en: 23.11.2009, en la cual, a pesar de que las partes plantearon el problema relativo a la pureza del estupefaciente, la Corte prefirió no abordar el problema.

65. SCA Arica, rol n. 256-2006; SCA San Miguel, rol n. 302-2006, Disponible en: http://vlex.com/libraries/jurisprudencia-chile-150, Acceso en: 23.11.2009.

66. SCA La Serena, rol n. 167-2007, http://vlex.com/libraries/jurisprudencia-chile-150, Acceso en: 23.11.2009.

67. Otras Sentencias que van por el mismo derrotero son las siguientes: SCA Punta Arenas, rol n. 34-2007 y SCA Punta Arenas, rol n. 166-2005, Disponible en: http://vlex.com/libraries/jurisprudencia-chile-150, Acceso: 23.11.2009.

contemplado en el artículo 374 bis, inciso segundo, del Código penal y fue introducido por la ley 19.927 de 14.01.2004.[68] Como veremos en el apartado siguiente se trata de uno de aquellos ilícitos incorporados por la reciente reforma, por lo que me reservo, momentáneamente, las críticas que pueden formulársele. Con todo, en lo que aquí nos interesa, conviene recalcar que existe un meridiano consenso en que la figura ofendería nada más que la moralidad pública. La mayoría de las sentencias omite pronunciarse acerca del objeto jurídico tutelado,[69] con una muy notable excepción: la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán rol n. 4-2006, donde se absuelve al imputado en razón de los siguientes considerandos: "5.°) Que el texto del inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal limita el castigo de la posesión de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, únicamente a la comercialización, pues se está ante un delito de posesión de objetos declarados ilícitos, que se agrava por su puesta en circulación ilegal. De consiguiente, el delito de que se trata afecta únicamente la moralidad pública, como se desprende del párrafo 8 que lo consagra, y muy indirectamente la indemnidad sexual de los menores utilizados, directamente afectada sólo por quienes producen dicho material, lo que configura el delito contemplado en el artículo 366 quinquies del citado Código. 6.°) Que así las cosas, interpretar que la conducta básica es la adquisición o almacenamiento, es decir, la posesión del material pornográfico aludido, con independencia de si se destinará

68. Artículo 374 bis.– El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.
El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio.

69. Por ejemplo, la SCA Concepción, rol n. 547-2007, que hace vagas referencias a bienes de los menores, sin precisar cuáles. "La adquisición o almacenamiento de material pornográfico, en que intervienen menores de dieciocho años, aunque sea para consumo personal, como alega el defensor, precisamente persigue desalentar ese consumo en atención a la minoridad de edad de las víctimas, lo que se justifica obviamente como política criminal que tiene como basamento su protección y el respeto de sus derechos en materia sexual". Disponible en http://vlex.com/libraries/jurisprudencia-chile-150, Acceso en: 23.11.2009.

o no al tráfico comercial, es un exceso.7.°) Que, en lo que respecta a la culpabilidad del delito, el inciso segundo del artículo 374 bis del Código Punitivo, expresa que éste ha de cometerse maliciosamente, esto es, con dolo directo, excluyéndose el eventual, lo que hace imposible su castigo a título omisivo". He decidido transcribir los motivos de la sentencia, pues es uno de los pocos casos en que un Tribunal, recientemente, ha decidido plantar cara a lo que parece la sanción de conductas que, muy lejanamente, poseen la potencialidad suficiente para lesionar o colocar en peligro un bien jurídico, intentando así, dar al tipo una interpretación que no lo prive de aplicabilidad, pero siempre en el respeto de los principios que emanan de la categoría en estudio. Sin perjuicio de que sus argumentos no convencen del todo, es un muy destacable fallo y un ejemplo, poco frecuente, de la utilización de esta categoría con fines sistemáticos y hermenéuticos y no meramente decorativo, como razón última para justificar las decisiones contenidas en las sentencias.

5. El bien jurídico en la reciente reforma penal

A la luz de las reformas sufridas por el Derecho penal chileno en el último decenio, bien puede afirmarse que nuestro ordenamiento jurídico no se ha integrado al espíritu que anima otras latitudes en torno a la incriminación de nuevas formas de riesgo para bienes jurídicos ya existentes o, derechamente, a extender la protección del ordenamiento punitivo a objetos jurídicos nuevos, sobre todo supraindividuales, tales como el ambiente, fenómeno inscrito en la así denominada "sociedad del riesgo" y el Derecho penal que es su producto. Por el contrario, el legislador penal chileno se ha concentrado, por lo pronto, en la criminalidad común, clásica, eso sí, con un franco ánimo expansivo, heredero de la doctrina de la seguridad ciudadana, que ha desdibujado los contornos de los intereses tutelados y, en ocasiones, derechamente, los ha pervertido.

El presente decenio fue inaugurado con una de las reformas más extensas e importantes que ha sufrido el Código en sus más de cien años de vida, al modificarse el título VII, sobre "crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y la integridad sexual", casi en su totalidad, particularmente los párrafos quinto, sexto, séptimo y octavo, los cuales contienen los delitos de violación, abusos sexuales, sodomía, corrupción de menores, producción de material pornográfico en que hayan sido utilizados menores de edad, entre otros. Las sucesivas leyes n. 19.617 y 19.927, de 12.07.1999 y 14.01.2004, respectivamente, supusieron un quiebre del paradigma de protección

de la honestidad, girando hacia la punición de atentados ya no contra la "facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que impongan las valoraciones dominantes",[70] sino hacia la libertad sexual[71] o la indemnidad sexual,[72] reforma que da cuenta de la evolución que la sociedad chilena ha experimentado respecto a este impulso. Sin embargo, las virtudes de la norma son desmentidas por numerosas disposiciones que ensombrecen el análisis dogmático y fuerzan al científico a volver por sus pasos hacia la defenestrada honestidad como bien tutelado o, derechamente, para verificar que no lo hay o que, simplemente, se protegen ciertas posturas frente a la sexualidad que en nada están relacionadas con la autodeterminación a la hora de elegir el tipo de trato carnal, su frecuencia y con quién se ejerce. Si bien el régimen de la violación y el estupro han experimentado modificaciones notables que revelan cierto signo liberal –por ejemplo, permitiendo que pueda practicarse el coito con un enajenado mental, siempre que no se abuse de su condición para obtenerlo–, la sodomía entre varones, si uno de ellos es menor de 18 años pero mayor de catorce, del artículo 365, es delito, aun si no se hubiese prevalido o engañado el adulto para su verificación, no estando considerado entonces entre los casos de estupro, es el más evidente mentís a que la honestidad como bien jurídico ha abandonado la casa del Derecho penal.[73] Luego, el complejo sistema de los abusos sexuales equipara a la violación la introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal y la utilización de animales; y si tenemos presente que esta última figura equipara sus puniciones a la del homicidio, estamos en presencia de un total descalabro que afecta la jerarquía de los bienes protegidos por el Derecho. El principio de ofensividad tiene un muy pobre aliado en la expresión "acto de significación sexual y de relevancia" interpretación auténtica contextual que pretende

70. Dalbora,Guzmán. *Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile*. En el *Anuario de Derecho penal*, de Lima, año 2000, p. 201 a 244, p. 211. En todo caso, no era una opinión unánime la de la honestidad. Para Etcheberry, se trataba, en efecto, de la libertad sexual. Cfr. op. cit., vol. 4, p. 45.

71. Cfr. ídem, p. 213.

72. Cfr. Collao, Rodríguez. *Delitos sexuales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 123 y ss.

73. "Así las cosas, la única lectura plausible de la disposición consiste en que para las capas dominantes de la sociedad chilena estos actos deben tomarse como *deshonestos*". Dalbora, Guzmán. *Apreciación*, p. 228.

zanjar los problemas de hermenéutica de la figura de los abusos, pero que sólo contribuye a entorpecer la obtención del sentido objetivo de la norma. Ejemplo de que la proporcionalidad ligada al concepto de bien jurídico no ha asistido a los redactores de la norma, es el artículo 366 quinquies, que extiende el concepto de autor de producción material pornográfico a todo aquel que haya intervenido en ella, golpe directo a los principios que regulan la participación en materia penal y que hace un flaco favor, otra vez, a la ofensividad. La figura, conocida vulgarmente como "trata de blancas", o sea, la "trata de personas" del artículo 367 bis, sólo contempla en sus figuras agravadas situaciones en que la voluntad del sujeto de entrar al territorio nacional o extranjero para ejercer la prostitución no existe o se encuentra viciada; pero su tipo básico no, por lo que, nuevamente, fuerza es concluir que la libertad sexual no es considerada para nada. En fin, largo sería enumerar los defectos y dislates de las sucesivas reformas que empañan los pocos logros de ellas. Sin embargo, preciso es comentar la situación que se nos presenta en el artículo 374 bis inciso segundo. Mientras la primera parte de la disposición castiga la comercialización, importe, difusión o exhibición de material pornográfico en que hayan sido utilizados menores de edad, la segunda castiga la adquisición o almacenamiento de dicho inmoral material, sin exigir expresamente ánimo de ninguna especie; de lo que resulta que quien guarde este tipo de documentos, por un lado, ni ha lesionado la indemnidad del menor, pues no ha participado en su elaboración, ni atenta contra la intimidad de éste, pues, de lo contrario, observar cualquier fotografía de cualquier persona resultaría injurioso. Tenemos entonces que la mencionada disposición protege nada más que la moralidad pública referida a lo sexual,[74] buscando la sanción de individuos que, a través de la contemplación de menores de edad dedicados a actividades sexuales explícitas o simuladas o a través de la representación de sus genitales con fines primordialmente sexuales,[75] pretende, más bien, el castigo de conductas indecentes o lujuriosas, buscando entonces la educación de los sujetos, en una franca utilización del Derecho penal en forma simbólica. La referida disposición repugna de forma pasmosa a los

74. Son de esta opinión en Chile CANTILLANA, Guzmán. *Delitos de pornografía infantil*. Santiago: Librotecnia, 2008, p. 106. y POLITOFF, Matus y Ramírez, *Parte especial*, ob. cit., p. 287.

75. Definición de pornografía que realiza el artículo 366 quinquies, a propósito de la elaboración de material pornográfico en que hayan sido utilizados menores de edad.

principios oriundos del concepto de bien jurídico que hemos estudiado de forma pasmosa, por lo que toda ulterior crítica resulta innecesaria.

La violencia doméstica también fue tocada por las reformas penales. Hasta la sanción de la ley 20.066, este triste fenómeno, muy propio de las sociedades occidentales contemporáneas, recibía una regulación que entendía que su progresiva disminución no se produciría por decreto y que las familias son entes mucho más complejos que lo que los medios de comunicación masivos nos pretenden ilustrar. Sin embargo, a la referida ley, casi un gemelo de la española, que tantas críticas ha recibido, no tiene pudor en señalar en su artículo primero, el objeto de su sanción: la "erradicación" de la violencia doméstica,[76] ambiciosa, por no decir absurda e imposible, finalidad del cuerpo normativo, pues ninguna ley puede eliminar los conflictos sociales que se presentan en el seno de las comunidades que pretende regular. Por una parte, la mentada ley trastorna el sistema de las lesiones, sector del Código ayuno de una reforma más consistente y, además, introduce un nuevo delito, denominado "de maltrato habitual". En lo que respecta al bien afectado, parece seguir siendo éste la salud física y psíquica de los individuos que forman parte de una familia, mas, agrava la reacción punitiva por el solo hecho de que sujetos activos y pasivos sean parte de ésta, habida cuenta de la estructura familiar chilena que ha manifestado cambios importantes en los últimos veinte años.[77] Primero, ha alterado la redacción del artículo 495 n. 5 del Código, disposición considerada falta, y que castiga las llamadas lesiones leves, en las cuales el juez no podrá jamás apreciarlas si se producen entre los sujetos enunciados por la ley 20.066 en su artículo 5.°, configurándose, al parecer del algún autor, el contexto intrafamiliar como un elemento "emergente" del tipo de naturaleza negativa.[78] Se agrava, además, la pena en las lesiones menos graves, también por la presencia del contexto familiar. Por último, el parricidio, delito que aun consiste en nuestro medio un homicidio calificado, el que consideramos como pluriofensivo al lesionar no sólo la vida, sino también los espe-

76. Artículo 1.°.– Objeto de la ley. Esta ley tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma".

77. Cfr. La Cruz, Van Weezel de. Lesiones y violencia intrafamilar. En la *Revista chilena de Derecho*. Valparaíso: 2008, vol. 35, n. 2, p. 223-259, p. 224.

78. Ídem, cfr, p. 237.

ciales deberes emanados de los vínculos de matrimonio y parentesco que existen entre sus sujetos, activos y pasivos,[79] ha agregado al "conviviente", es decir, el concubinario y la concubina, respecto de los cuales el ordenamiento civil no consulta derecho alguno, sino más bien deberes y obligaciones, no reconociéndose, expresamente, este tipo de unión como de aquellas protegidas hoy por el Derecho chileno; esto siembra la duda de cuál pueda ser el concreto interés jurídicamente tutelado en este caso.[80]

Como era de esperarse, este decenio ha conocido una nueva ley que castiga el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la ley 20.000, de 16.02.2005, que vino a reemplazar a la anterior, la ley 19. 366, que tuvo la corta existencia de 10 años, pésimo signo de la volubilidad del legislador nacional a las influencias, por no decir, derechamente, coacciones, de gobiernos extranjeros. No hay dudas de que, como antaño, lo protegido aquí es la salud pública;[81] pero la ley, a pesar de su marcado autoritarismo, introduce la saludable distinción entre tráfico y tráfico de pequeñas cantidades de droga, asignando a estas últimas una pena mucho menor, entendiéndose que en estos casos el peligro para la salud, producto de la difusión indiscriminada de las sustancias, es mucho menor; la ley mantiene, además, la distinción entre drogas "duras" y "blandas", en el sentido de que la comercialización de éstas últimas recibe una penalidad menor, positivo indicio que se condice con que la determinación de la naturaleza más grave o tóxica de las sustancias se halla entregada a un Reglamento, el cual, en febrero

79. Hacemos presente que, en doctrina, no es la opinión unánime: mientras Etcheberry parece considerarla (Cfr. op. cit., vol. 4, p. 68), otros autores la rechazan, porque agravar el delito por el solo hecho de la existencia de estos vínculos no justifica la elevación de la penalidad. Tómese en cuenta que, hasta 1999, este delito se castigaba con pena de muerte. Cfr. Bustos, Grisolía y Politoff. *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 82.

80. Ante todo, esta duda se funda en los muy amplios límites en que descansan los sujetos entre los cuales se entiende que puede existir violencia intrafamiliar. El art. 5.° de la ley 20.066, alude a quienes tengan o *hayan tenido* un vínculo de matrimonio o "convivencia". Ello es particularmente grave frente al art. 14, el cual contiene el delito de maltrato habitual y se remite, íntegramente, al mentado art. 5.°.

81. Cfr. Politoff, Matus y Ramírez, ob. cit., p. 573.

de 2008, agregó al listado de aquellas la *cannabis*, es decir, la marihuana, reforma realizada entre gallos y medianoche, sin que, oficialmente, se conozcan las razones o argumentos científicos para dicha resolución, cuestión que atenta contra el principio de proporcionalidad oriundo del bien jurídico, al castigarse una conducta que pone en movimiento el tránsito de mano en mano de una sustancia que, según la mayor parte de los estudios médicos, no es asimilable en sus efectos a otras drogas señaladas en el artículo 1.° del Decreto 867, tales como la heroína o la cocaína, configurando entonces un peligro menor para la salud pública. La afección al principio de ofensividad es evidente.

La Administración de Justicia también sufrió un saludable remozamiento, motivado por la adopción del procedimiento acusatorio en materia de persecución de la responsabilidad penal, aunque dichas modificaciones eran requeridas, incluso, antes de dicha reforma procesal. No hay duda de que los delitos de falso testimonio, presentación de pruebas falsas en juicio, querella y denuncia calumniosa y, en parte, el perjurio, atentan contra "el interés del Estado en el funcionamiento normal de la actividad judicial pública, que exige, además de la normalidad de su ejercicio, el respeto debido a sus providencias y la subordinación de los particulares a su potestad para la solución de las controversias",[82] o sea, contra la jurisdicción,[83] como lo afirma la mayor parte de la doctrina. Sin embargo, es más dudoso que ello sea así respecto del inciso primero del artículo 269 bis del CP,[84] que contempla el, así denominado, delito de "obstrucción a la investigación", que reemplazó a la añosa "obstrucción a la justicia", puesto que el Ministerio Fiscal chileno posee notas de independencia que lo adscriben fuera del Poder judicial y, por ende, carece de las facultades para declarar coactivamente el Derecho, junto con ejecutar aquello que se ha fallado, notas características de la juris-

82. Dalbora,Guzmán. *Introducción a los delitos contra la Administración de Justicia*. Managua: Instituto Centroamericano de Estudios penales, Universidad Politécnica de Nicaragua, 2005, p. 31, basado en la definición de Silvio Ranieri.

83. Collao, Rodríguez y Widow, Ossandón. *Delitos contra la función pública*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 2008, p. 162.

84. Artículo 269 bis.– El que, a sabiendas, obstaculice gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables, mediante la aportación de antecedentes falsos que condujeren al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de la investigación, será sancionado

dicción y, en la etapa de investigación, salvo algunas importantes excepciones, no interviene.[85]

con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a doce unidades tributarias mensuales.

La pena prevista en el inciso precedente se aumentará en un grado si los antecedentes falsos aportados condujeren al Ministerio Público a solicitar medidas cautelares o a deducir una acusación infundada.

El abogado que incurriere en las conductas descritas en los incisos anteriores será castigado, además, con la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

La retractación oportuna de quien hubiere incurrido en las conductas de que trata el presente artículo constituirá circunstancia atenuante. Tratándose de las situaciones a que se refiere el inciso segundo, la atenuante se considerará como muy calificada, en los términos del artículo 68 bis.

Se entiende por retractación oportuna aquélla que se produjere en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada por el tribunal que debiere resolver alguna medida solicitada en virtud de los antecedentes falsos aportados o, en su caso, aquélla que tuviere lugar durante la vigencia de la medida cautelar decretada en virtud de los antecedentes falsos aportados y que condujere a su alzamiento o, en su caso, la que ocurra antes del pronunciamiento de la sentencia o de la decisión de absolución o condena, según corresponda.

Estarán exentas de las penas que establece este artículo las personas a que se refieren el inciso final del artículo 17 de este Código y el artículo 302 del Código Procesal Penal.

85. Sucede que esta etapa posee una naturaleza más bien administrativa, similar a la preparación de la demanda de un abogado (cfr. Riego y Duce. *La etapa de investigación en el nuevo proceso penal*. En *Nuevo proceso penal*. VV.AA, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 2000, p. 101) y no todas las "actuaciones de la investigación" (artículo 180 y siguientes Código procesal penal) exigen un pronunciamiento del juez, por lo que, por ejemplo, si la aportación del antecedente falso lleva al órgano persecutor a decretar una entrada y registro en lugares de libre acceso público (art. 203 Cpp), ello sería constitutivo de obstrucción de la investigación según el inciso primero del artículo 269 bis; no se ve cómo esta actuación pueda ofender la jurisdicción, toda vez que no se ha ejercido ninguna; en cambio, se ha hecho uso de recursos del Estado inútilmente, distrayendo al órgano persecutor de otras pistas o antecedentes que permitan el esclarecimiento del hecho punible. En este caso, creemos que lo ofendido es la Administración pública. En contra, considerando que se trata de un delito contra la administración de justicia, Collao, Rodríguez y Widow,Ossandón. ob. cit., p. 269, con un, a nuestro juicio, concepto de función jurisdiccional excesivamente amplio.

Respecto a los delitos contra el patrimonio, debe tenerse presente el signo conservador y ultra protector que el Código chileno posee al respecto, amén de una anticuada y poco garantista técnica legislativa, lo que es más evidente en las disposiciones relativas al hurto y al robo, cuyas características son la desproporcionalidad de las penas, unidas a cualificaciones inadecuadas;[86] téngase presente lo que ya habíamos afirmado antes, en el sentido de que estos delitos llegan a tener penas idénticas, e incluso superiores, al homicidio. Pues bien, el último decenio ha sido testigo del reforzamiento de estas protecciones, mas ya no del patrimonio de ciudadanos comunes y corrientes, sino respecto de grandes intereses económicos, tales como la industria ganadera, las empresas de suministro de servicios públicos domiciliarios básicos y los grandes almacenes, por medio de tres incriminaciones: las modificaciones en el abigeato, la creación de un tipo penal particular, el hurto de cosas que forman parte de redes de suministro y la incriminación del hurto como falta,[87] incluso si éste se halla en algún grado imperfecto de ejecución, configurándose, en este último caso, el castigo de una bagatela que ha

86. Cfr. FIGUEROA, Mera. *Hurto y robo*. Santiago: Lexis Nexis, 2005, p. 35 y siguientes.

87. Artículo 494 bis.– Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasa de media unidad. tributaria mensual.

La falta de que trata este artículo se castigará con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si se encuentra en grado de frustrada. En estos casos, el tribunal podrá conmutar la multa por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad, señalando expresamente el tipo de trabajo, el lugar donde deba realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento. Los trabajos se realizarán, de preferencia, sin afectar la jornada laboral o de estudio que tenga el infractor, con un máximo de ocho horas semanales. La no realización cabal y oportuna de los trabajos determinados por el tribunal dejará sin efecto la conmutación por el solo ministerio de la ley, y deberá cumplirse íntegramente la sanción primitivamente aplicada.

En los casos en que participen en el hurto individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se han prevalido de los menores en la perpetración de la falta.

En caso de reincidencia en hurto falta frustrado, se duplicará la multa aplicada. Se entenderá que hay reincidencia cuando el responsable haya sido condenado previamente por delito de la misma especie, cualquiera

transformado a los tribunales penales en juzgados civiles, dada la enorme cantidad de salidas alternativas al juicio que se producen, fundamentalmente los llamados "acuerdos reparatorios" que consulta el Código procesal penal y que consisten, básicamente, en una cantidad de dinero entregada por el agente al sujeto pasivo. Así, el uso del Derecho penal en forma meramente simbólica y poco garantista es evidente.[88] A ello se agrega la muy desafortunada disposición del artículo 390 inciso final del Código de procedimiento, en el cual se tendrá por valor de la cosa ¡el precio de venta!, o sea, una apreciación acerca del monto de lo hurtado absolutamente subjetiva, en este caso, de la víctima del hurto, que podría estar definiendo el carácter de la infracción, toda vez que nuestro anticuado sistema del hurto basa su penalidad en el valor de lo apropiado. Respecto del abigeato, las novedades entregadas por la ley n. 20.090, de 11.01.2006 son la independencia que gana el ilícito (todo un párrafo, el 4 bis, artículos 448 bis a 448 quinquies) y el castigo como consumación de ciertas presunciones de responsabilidad, todas ellas en el artículo 448 quáter, similares a las del robo con fuerza en las cosas. Si se tiene presente que en muchos ordenamientos el abigeato ha perdido independencia, considerándose un hurto o robo más, sólo que con ganado como objeto material, resulta evidente el signo conservador de nuestros legisladores sobre la materia.[89] Algo similar sucede con el hurto de cosas que forman parte de redes de suministro, pues si lo tutelado es la propiedad, no se ve utilidad alguna en castigarlos por separado, teniendo a la vista los tipos comunes, siendo una excepción justificada, en cambio, el inciso final del artículo 447 bis, es decir, cuando el hurto de estas cosas signifique a la vez la interrupción o interferencia del servicio, al ofender otros bienes jurídicos distintos de la propiedad de las empresas que entregan estas prestaciones, estatales o no.

haya sido la pena impuesta y su estado de cumplimiento. Si el responsable ha reincidido dos o más veces se triplicará la multa aplicada.

La agravante regulada en el inciso precedente prescribirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104. Tratándose de faltas, el término de la prescripción será de seis meses.

88. En términos parecidos, Rodríguez, Carnevali. *La tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales.* En la revista *Derecho penal contemporáneo.* Bogotá, n. 20, p. 61-85, 2007, p. 73.

89. Por el contrario, se advierte una protección sectorial muy poco justificable. Cfr. ídem, p. 75, nota 35.

Siempre respecto de los delitos contra el patrimonio, la receptación ha sufrido modificaciones de importancia, teniendo presente, eso sí, que su configuración anterior, producto de la ley 19.413 de 20.09.1995,[90] alcanzó a tener una duración más bien breve: las leyes 20.253 y 20.273 cambiaron su faz sucesivamente. La primera, dada su redacción, abre las puertas al castigo de la receptación en cadena, lo que genera dudas acerca de si el bien ofendido en este caso se circunscribe sólo al patrimonio;[91] la segunda, reemplaza el inciso tercero por uno en que se castiga la receptación de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos domiciliarios. El anterior inciso tercero, que disponía el castigo de la reiteración y reincidencia en estos delitos se traslada al nuevo inciso cuarto.

Respecto de los ilícitos que atentan contra la seguridad, cabe hacer especial mención al delito de dar falsas alarmas de calamidades al Cuerpo de Bomberos y a otros servicios de utilidad pública, que, al decir de los autores que han dado una mirada sobre él,[92] corresponde a un delito de peligro abstracto. Sin embargo, esta opinión es discutible, toda vez que el artículo 268 bis[93] castiga la conducta que profiera estas falsas alarmas no a la comunidad en general, sino a ciertos cuerpos, lo que hace pensar que se trata, en todo caso, de un delito que protege los bienes y recursos de estos organismos al hacerlos activarse inútilmente, siendo, desde esta perspectiva, un delito de lesión. Sería posible percibir una protección a la seguridad pública y, en ese contexto, incardinar la figura como de delito de peligro abstracto, sólo en el entendido que esta activación y despliegue de recursos innecesaria los distrajere de auténticas pero potenciales emergencias, configurando una suerte de peligrosidad estadística. También contra la seguridad, ahora del tráfico rodado o viario, la ley 20.068 vino a reformar el régimen de los delitos

90. Antes de esta reforma, la receptación era considerada una forma de complicidad en el delito de robo y hurto, adquiriendo, entonces, autonomía.

91. La conducta del segundo receptador, es decir, de quien adquiere una especie receptada parece más bien remitir a la figura del encubrimiento, es decir, un delito contra la Administración de Justicia.

92. Cfr. DALBORA, Guzmán. *Bosquejo y apreciación*, p. 173-174.

93. Artículo 268 bis.– El que diere falsa alarma de incendio, emergencia o calamidad pública a los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública, incurrirá en la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

de conducción de vehículos motorizados bajo la ingesta del alcohol o sustancias estupefacientes, castigando como delito ahora no sólo cuando se realiza en estado de ebriedad (artículo 196 E), sino también, cuando se trate de una mera influencia del alcohol (artículo 196 C),[94] que antes era una contravención administrativa, ampliándose el arco de punibilidad a situaciones que pudiesen constituir meras bagatelas, amén de los serios reparos consistentes en la difícil diferenciación, en sede de culpabilidad, de un estado y otro, más aun cuando la ley chilena, como

94. Artículo 196 C.– El que infringiendo la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 115 A, conduzca, opere o desempeñe las funciones bajo la influencia del alcohol, ya sea que no se ocasione daño alguno ni lesiones, o que con ello se causen daños materiales o lesiones leves, será sancionado con multa de una a cinco unidades tributarias mensuales y la suspensión de la licencia de conducir por un mes.
Si, a consecuencia de esa conducción, operación o desempeño, se causaren lesiones menos graves, se impondrá la pena de prisión en su grado mínimo o multa de cuatro a diez unidades tributarias mensuales y la suspensión de la licencia de conducir de dos a cuatro meses.
Si se causaren lesiones graves, la pena asignada será aquélla señalada en el artículo 490, n. 2, del Código Penal y la suspensión de la licencia de conducir de cuatro a ocho meses.
Si se causaren algunas de las lesiones indicadas en el artículo 397, n. 1, del Código Penal o la muerte, se impondrá la pena de reclusión menor en su grado máximo, multa de ocho a quince unidades tributarias mensuales y la suspensión de la licencia para conducir por el plazo que determine el juez, el que no podrá ser inferior a doce ni superior a veinticuatro meses.
Los jueces podrán siempre, aunque no medie condena por concurrir alguna circunstancia eximente de responsabilidad penal, decretar la inhabilidad temporal o perpetua para conducir vehículos motorizados, si las condiciones psíquicas y morales del autor lo aconsejan.
En caso de reincidencia el infractor sufrirá, además de la pena que le corresponda, la suspensión de la licencia para conducir por el tiempo que estime el juez, el que no podrá ser inferior a veinticuatro ni superior a cuarenta y ocho meses.
Artículo 196 E.– El que infrinja la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 115 A, cuando la conducción, operación o desempeño fueren ejecutados en estado de ebriedad, o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, ya sea que no se ocasione daño alguno, o que con ello se causen daños materiales o lesiones leves. Se reputarán leves, para

en otras latitudes, ha preferido determinarlos legalmente a través de una prueba científica como lo es el etilómetro.[95]

En materia de infracciones contra la Administración pública,[96] el decenio fue inaugurado en 1999 con una revisión completa a los delitos

estos efectos, todas las lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días.
Si, a consecuencia de esa conducción, operación o desempeño, se causaren lesiones graves o menos graves, se impondrá la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuatro a doce unidades tributarias mensuales.
Si se causaren algunas de las lesiones indicadas en el artículo 397 n. 1 del Código Penal o la muerte de una o más personas, se impondrán las penas de presidio menor en su grado máximo y multa de ocho a veinte unidades tributarias mensuales.
El tribunal, en todo caso, podrá hacer uso de la facultad que le confiere el inciso final del artículo 196 C.
En los delitos previstos en este artículo se aplicará como pena accesoria la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados por el término de seis meses a un año; de uno a dos años, si se causaren lesiones menos graves o graves, y de dos a cuatro años, si resultare la muerte. En caso de reincidencia, los plazos máximos señalados en este inciso se elevarán al doble, debiendo el juez decretar la cancelación de la licencia cuando estime que la conducción de vehículos por parte del infractor ofrece peligro para el tránsito o para la seguridad pública; lo que fundará en las anotaciones que registre la hoja de vida del conductor o en razones médicas debidamente comprobadas.
Las medidas indicadas en el inciso precedente no podrán ser suspendidas, ni aun cuando el juez hiciere uso de la facultad contemplada en el artículo 398 del Código Procesal Penal. Sin embargo, cumplidos a lo menos seis años desde que se canceló la licencia de conducir, el juez podrá alzar esa medida cuando nuevos antecedentes permitan estimar fundadamente que ha desaparecido el peligro para el tránsito o para la seguridad pública que importaba la conducción de vehículos motorizados por el infractor.

95. Según el artículo 115 B, artículo donde se encuentra la prohibición de conducir en estos estados, no es la única prueba de la embriaguez, pudiendo recabarse a través de otras, aunque luego convierte la medición del etilómetro en una presunción de que se conduce en una u otra condición. La jurisprudencia, en todo caso, ha desestimado esta presunción, asegurando que puede llegarse a la determinación del estado de ebriedad o la influencia del alcohol por los otros medios que el artículo 115 B prescribe.

96. Respecto al bien jurídico ofendido en estos delitos, la literatura chilena no ofrece mayores estudios: POLITOFF, Matus y Ramírez señalan que se trata del "recto funcionamiento de la Administración Pública, cuyos funcio-

contenidos en el título V, "De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos", por la ley 19.645 de 11.12.1999. Fundamentalmente la mencionada ley derogó los delitos de anticipación y prolongación indebida de funciones públicas (artículos 216 a 219 del Código penal), incorporó el delito de uso de información privilegiada (artículo 247 bis) y modificó los nombramientos ilegales (artículo 220), la malversación de caudales públicos (artículo 233), las negociaciones incompatibles (artículo 240), la concusión (artículo 241), la violación de secretos (artículo 247) y el cohecho (artículo 248 a 251). Luego, la ley 19.829, de 8 de enero de 2002, agregó el delito de soborno internacional (artículos 250 bis a y b). Pues bien, el año 2009 fue testigo de otra modificación, que confirma la tesis de que el legislador penal chileno tiende a reobrar sobre sus propias decisiones cada diez años, más o menos.[97] La ley 20.341 de 22.04.2009 modificó el fraude al fisco (artículo 239) exasperando su punición de acuerdo al monto de lo

narios tienen un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común, que justifica el diferente tratamiento penal que aquí se les dispensa, mediante la construcción de "delitos especiales" (Politokff, Matus y Ramírez, *Parte especial*, p. 488). En un idéntico sentido se pronuncia Etcheberry (ob. cit., vol. 4, p. 203); COLLAO, Rodriguez y WIDOW, Ossandón se decantan también por este bien jurídico, al decir que "al hablar de función pública aludimos al *correcto funcionamiento de la Administración pública*, esto es, la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos correspondientes a los fines del Estado social y democrático de Derecho. En particular ello se concreta en los principios de *objetividad, imparcialidad* y *eficacia* que informan la actuación de las Administraciones Públicas" (ob. cit., p. 101). Respecto del cohecho, Oliver Calderón sostiene que es "el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos. (...) Para que esta prestación de servicios se estime correcta, es necesario que a los ciudadanos no se les pida que paguen por ella, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por ella". (CALDERÓN, Oliver. *Aproximación al delito de cohecho*. En la *Revista de Estudios de la Justicia*. Santiago, n. 5, p. 83-115, 2004, p. 95).

97. Resulta a lo menos curioso que estas baterías de reformas en los delitos contra la Administración pública se sucedan con tanta velocidad, toda vez que, en materia de corrupción, Chile presenta los índices más bajos en toda Hispanoamérica. Según el informe de Transparencia Internacional, de 23.09.2008, Chile se encuentra en el lugar n. 23, de un total de 180 países, en el "Índice de percepción de la corrupción", el primero de todos los países de Sudamérica y varios puestos más arriba que España. Cfr. Transparency Internacional, Informe de 23.09.2008. Disponible en

defraudado, técnica legislativa que lo acerca al sistema de los hurtos, por lo que es dable afirmar, mucho más que antes, que se trata de un delito pluriofensivo, que lesiona el recto funcionamiento de la Administración pública y, a la vez, los intereses patrimoniales del Estado,[98] curiosamente, reduce la pena privativa de libertad de las negociaciones incompatibles del artículo 240 (presidio menor en su grado medio a máximo/reclusión menor en su grado medio), pero agrava la penalidad de la privativa de derechos (inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio/inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio a máximo), conservando la pecuniaria de multa en los mismos términos que la ley anterior; sanciona el cohecho pasivo propio (artículo 248) con una privativa de libertad (reclusión menor en su grado mínimo), manteniendo las acumulativas de suspensión y la pecuniaria de multa; eleva también la pena del cohecho pasivo propio agravado (artículo 248 bis); sanciona, también con una privativa de libertad, el soborno (artículo 248 bis inciso segundo) y eleva las penas en los demás casos (incisos tercero y cuarto); otorga mayor independencia al cohecho a funcionarios públicos extranjeros, asignando a estas dos disposiciones un párrafo nuevo, el 9 bis (artículos 251 bis y 251 ter), los que, en materia de penalidad, se independizan de aquellas establecidas para el cohecho. Otra reforma importante –y criticable– en esta familia de delitos fue la emprendida por la ley 20.088, de 05.01.2006, que incorpora, a través del artículo 241 bis,[99] el delito denominado "enriquecimiento ilícito

http://www.transparency.org/content/download/36590/575266, Acceso en: 29.12.2009.

98. De la misma opinión COLLAO, RODRIGUEZ y WIDOW, Ossandón ob. cit., p. 416, antes de la reforma, claro está.

99. Art. 241. bis. El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito.

La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público.

Si el proceso penal se inicia por denuncia o querella y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o

de funcionario público", artículo que pretende el castigo de cualquier incremento patrimonial relevante e injustificado, disposición fruto de los compromisos asumidos por Chile al ratificar la Convención interamericana contra la corrupción,[100] que se configura como un delito de sospecha,[101] inútil, dada su técnica legislativa[102] e inconstitucional, al no señalar conducta alguna, sino sólo el producto de una conducta, como eje rector del tipo.[103]

También en los delitos contra bienes de titularidad estatal, han sufrido remozamientos aquellos destinados a los fraudes tributarios (ley n. 19.738, de 19.06.2001) y con la ley n° 19.734, de 05.06.2001, la seguridad exterior del Estado.

En materia de delitos contra el régimen económico de la comunidad, el Decreto ley n. 211 de 1973, castigaba en su artículo 1.° al que "ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados"; sin embargo, en el año 2003, después de no registrarse procesos penales por este delito, fue derogado.[104]

b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código.

100. Aunque dicha convención no obliga a penalizar este tipo de conductas. De hecho, el proyecto de ley (Boletín n. 2.394-07 de la Honorable Cámara de Diputados) no contenía disposiciones penales.

101. Collao, Rodríguez y Widow, Ossandón ob. cit., p. 439.

102. La figura "queda aparentemente condenada a la inaplicabilidad, pues en caso de no rendirse prueba suficiente se debe absolver, en tanto que en los casos en que sí pueda acreditarse el origen ilícito del incremento patrimonial recibirá aplicación preferente el delito específicamente cometido". Basualto, Hernández. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno.* En la *Revista de Derecho*, de Valdivia, XXVII, 2.° semestre de 2006, p. 213.

103. Cfr. Collao, Rodríguez y Widow, Ossandón., ob. cit., p. 440.

104. Sin embargo, es muy factible que se reimplante. Durante el año 2009, tres cadenas de farmacias acordaron "congelar" los precios con el objeto de terminar una competencia que afectaba la continuidad de alguna o todas ellas. Dicha situación causó escándalo nacional cuando la Fiscalía Nacional Económica descubrió el acuerdo, iniciando un proceso en su contra, en sede del Tribunal de la Libre Competencia. Ya existen varias

Difícil es determinar el bien jurídico protegido en los delitos contenidos en la ley 20.120, de 22.09.2009, "sobre la investigación genética en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana". Rechazamos desde ya que se trate de la "dignidad humana" como opina un sector de la dogmática española,[105] pues, la dignidad humana se nos presenta más como un valor del ordenamiento jurídico, como un "bien supremo" y presupuesto de todos los demás y, más concretamente, como una noción que se confunde con la mismísima personalidad del hombre,[106] por lo que no puede constituir el interés específico regulado en el delito del art. 17[107] de la mentada ley. Ante todo, castiga la clonación humana y la eugenesia; se entiende por clonación el "conjunto de células u organismos genéticamente idénticos, originado por reproducción asexual a partir de una única célula u organismo o por división artificial de estados embrionarios iniciales", es decir, se castiga que este proceso, normal en la naturaleza, produzca artificialmente un ser humano por una vía asexual, a través de su propio material genético; la eugenesia, en tanto, es la "aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana". Respecto de la clonación, nos inclinamos por reconocer aquí la identidad genética de cada individuo como el bien protegido, lo que hace un ser irrepetible en sus particularidades, cuestión que se pervierte con la

propuestas en el Congreso para reimplantar el ilícito penal, sin parar mientes en que su utilidad, al menos en la experiencia anterior, es muy discutible. Téngase presente, en todo caso, que 2009 fue año de elecciones parlamentarias y presidenciales.

105. Cfr. GÓMEZ, Serrano y MAÍLLO, Serrano., *Derecho penal*. Parte especial. Madrid: Dykinson, 2007, p. 150.

106. Cfr. Maihofer, *Estado de Derecho y dignidad humana*, traducción de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires: BdeF, 2008, estudio preclaro de la compleja cuestión relativa a este instituto, al señalar que "no es cualquier bien, sino aquello que podríamos calificar como el *bien supremo del hombre*. De ahí que tales condiciones de su poder resulten percibidas como algo fundamental y elemental, porque el garantizarlas se trata no ya de un existir mejor o peor del hombre *dentro de los límites de lo humano*, sino, en definitiva, del *límite de lo humano respecto de lo extraño al hombre y lo inhumano*". Vid, p. 24.

107. Artículo 17.– El que clonare o iniciare un proceso de clonar seres humanos y el que realizare cualquier procedimiento eugenésico en contravención al artículo 3.°, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y con la inhabilitación absoluta para el ejercicio de la profesión durante el tiempo que dure la condena.
En caso de reincidencia, el infractor será sancionado, además, con la pena de inhabilitación perpetua para ejercer la profesión.

creación de un sujeto idéntico originado de una de sus propias células.[108] El bien tutelado en la eugensia es más difícil de precisar: probablemente diga relación con prohibir procesos que tengan por objeto la selección de la raza, tal y como aparece en el art. 160.3 del Código penal español; en este caso, parece ser lo protegido la "diversidad genética", noción contraria a ideologías totalitarias que favorecen a ciertas etnias, frente a la ridícula teoría de la superioridad que tendrían unas sobre otras. La Segunda guerra mundial, con sus tristes y conocidas circunstancias fue el horrible escenario para la experimentación de pseudo científicos, abocados a esta demencial tarea impuesta por un grupo de fanáticos.

Finalizamos este apretado examen a las reformas sufridas en Chile en este último decenio con la ley 20.257 de 18.07.2009, que "tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y delitos de guerra", norma que nace al alero de la ley n. 20.352, de 30.05.2009, que modifica la Constitución para reconocer el Estatuto de Roma que crea la Corte penal Internacional, postergado anhelo de amplios sectores de la comunidad nacional y de autores de la Ciencia penal chilena y que puso término a la vergonzante situación de nuestro país sobre este punto.[109] El bien jurídico tutelado en estos casos es, al parecer de algún autor nacional, "la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, valores que van entrelazados y que son la base del Derecho internacional contemporáneo", siendo, entonces, la tutela de los bienes de titularidad individual de los sujetos comprometidos en estos actos, sólo instrumental.[110] Nos permitimos disentir de esta posición, toda vez que los bienes de titularidad individual no pueden ser jamás instrumentales para otros de naturaleza

108. Esto se encuentra en consonancia con el artículo primero de la ley, que señala que "Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas".

109. Da cuenta de parte del largo periplo que tuvo que surcar el estado de Chile para la ratificación del Estatuto el trabajo de Guzmán Dalbora, Informe sobre Chile, en el volumen *Cooperación y asistencia judicial con la Corte penal internacional*, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner, Konrad. Montevideo: Adenauer Stiftung, Programa de Estado de Derecho para Sudamérica, 2007, p. 149-181.

110. Cfr. Cárdenas. Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el Derecho chileno. Necesidad de una implementación. En *Política criminal*. n. 2, A1, 2006, p. 1-17, p. 8, Disponible en http://www.politica-criminal.cl/n_02/a_1_2.pdf, Acceso en: 29.12.2009.

individual o colectiva, como lo son la paz, el bienestar o la seguridad internacionales, sin caer en la instrumentalización de los individuos y porque no debe olvidarse que, a fin de cuentas, el genocidio, por poner un ejemplo, siempre consiste en la privación de la vida humana; se deberá debatir más esta cuestión y esta será, nos parece, una de las tantas aristas a la que la doctrina nacional deberá dedicarse en los próximos años.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Difícil es dar cuenta de los progresos o retrocesos que, en alguna materia de interés legislativo, ha sufrido un Estado en un período que, aun cuando sea un lapso más bien exiguo –diez años–, en las sociedades contemporáneas, tan inmediatistas a la hora de resultados, parece ser un siglo; más aún si se trata de reformas penales, conectadas en la idea de la comunidad como la única solución a ciertos fenómenos que exigirían, a lo menos, una reflexión más serena antes de dar a las prensas una ley.

De lo expuesto, podemos dividir las reformas en tres grupos, aunque debemos advertir que muchas figuras pudiesen pertenecer a más de una clasificación:

a) Reformas a delitos que, dados los progresos culturales de la sociedad chilena y de la moderna "sociedad del riesgo" requerían, ya sea, revisión o la creación de tipos penales *ex novo*.

b) Reformas a delitos que se inscriben en el fenómeno de la "seguridad ciudadana", es decir, centrándose en la criminalidad clásica, exasperando penas, eliminando o desvaneciendo diferencias entre autoría y participación o *iter criminis*.

c) Reformas dadas por haber suscrito Chile compromisos internacionales o por avances en la ciencia que requieren una respuesta, aun cuando no existan, todavía, los procesos destinados a la lesión del bien tutelado.

En el *primer grupo*, debemos contar la reforma a los delitos contra la libertad sexual en términos amplios, pues era un hecho que las consideraciones acerca de este impulso habían variado en los últimos treinta años, no siendo posible ya mantener estructuras punitivas que no eran contestes con dichas convicciones. Como vimos, la reforma es alicorta y mantiene la honestidad como bien tutelado en más de una figura. También requerían revisión urgente los delitos contra la Administración de Justicia, aun cuando esta modificación se dio en el marco de la reforma al proceso penal, pero, por eso mismo, el entendimiento de esta función como algo público exigía cirugía mayor en el Código. En el plano de la ideología de la "sociedad del riesgo", prácticamente

podemos contar sólo con aquella que vino a endurecer el régimen de la conducción o desempeño en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol; y, tímidamente, la producción y la comercialización o difusión de material pornográfico en que hayan sido empleados menores de edad, en el entendido que las modernas formas de comunicación simplificarían la obtención de este tipo de documentos; mas, es muy dudoso que dicha orientación haya sido la preponderante a la hora de tipificar las figuras correspondientes. De hecho, Chile, al menos para esta corriente, ha sufrido un retroceso al eliminar del catálogo de infracciones punibles, la "colusión", como vimos en el apartado anterior.[111] Por lo demás, aun no se genera una legislación penal en ámbitos que, decididamente, requieren de intervención urgente, como es el caso del ambiente.[112]

En el *tercer grupo*, fuerza es incluir la ley que tipifica delitos de lesa humanidad, parcialmente, aquella que reforma los delitos contra la Administración pública (pues, como vimos, la Convención internacional nada decía acerca de modificaciones penales) y los delitos que prohíben la clonación humana.

Es, en cambio, en el *segundo grupo*, donde podemos reconducir casi la totalidad de las reformas efectuadas a la legislación penal en los últimos años. Si entendemos que las características del dogma – que no doctrina– de la seguridad ciudadana son, en lo que al delito respecta, sintéticamente, el aumento de las penas frente a conductas que generan temor en la comunidad, puniciones con límites muy alejados entre sí, multiplicar las agravaciones de éstos y el castigo de la inmoralidad en

111. Por eso no concordamos con Díez Ripollés (Cfr. Ripollés, Díez., *La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI*. En *Política criminal*. n. 5, 2008, A7-2005, p. 1-37, p. 7, disponible en http://politicacriminal.cl/n_05/A_7_5.pdf. Acceso en: 04.12.2010) cuando incluye a Chile entre aquellos países que, en los últimos años, han centrado su preocupación punitiva en "conductas que obstaculizan el libre comercio de los agentes económicos", pues no se han creado, tampoco, nuevos delitos o remozado los existentes, salva la excepción del fraude aduanero.

112. Lo que no implica que deba ser *cualquier* tipo de legislación en que, por ejemplo, se haga un uso abusivo de delitos de peligro abstracto. Para conocer de la situación chilena en esta materia, ver Acuña, Matus; Cruz, Orellana; Sánchez,Castillo y Gusmán, Ramírez. Análisis dogmático del Derecho penal ambiental chileno, a la luz del Derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del Derecho Internacional. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile. En *Ius et Praxis*, Talca, año 9, n. 2, p. 11-57, 2003.

sede penal[113] y que exhibe como consecuencias la concentración del castigo de la marginación y exclusión social,[114] las modificaciones de la última década son el reflejo perfecto de dichos caracteres. No existe un interés relevante por la persecución de los poderosos, del crimen organizado o de nuevas formas de riesgo originadas por el desarrollo de la tecnología, caracteres propios del fenómeno de expansión del Derecho penal de los últimos veinte años, sino un recrudecimiento en el castigo de la criminalidad clásica llevada a cabo por los sectores más desposeídos de la comunidad, negándose a obrar sobre las causas de las realidades sociales que subyacen a estos fenómenos, atacando sólo los síntomas.[115] Es cierto que muchos de estos delitos requerían una reforma sustancial, pero la orientación que se les dio, revela el propósito del legislador chileno de "dar señales" a la comunidad de estar conciente del problema de la delincuencia (es decir, del *temor* a la delincuencia) y, por ende, actuar enérgicamente (es decir, *acríticamente*, legislando para la satisfacción de las masas). O sea, una política criminal, si ese nombre puede recibir, que cada vez más se aleja del ser humano concreto, irrepetible, reemplazándolo por entelequias carentes de valor científico y desconectadas de la realidad, serviciales a ciertos y determinados intereses. Esperemos que se trate sólo de un instante en la evolución del Derecho penal y, para ello, la Ciencia jurídica chilena debe dar las voces de alerta necesarias y no buscar, como sucedió en alguna parte del siglo XX, conveniente marco teórico a tan perniciosas ideas.[116]

113. Desarrolla estas características DALBORA, Gusmán. Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la "doctrina" de la seguridad ciudadana. En *Gaceta Jurídica*. Santiago, Lexis Nexis, n. 265, julio, p. 7-17, 2002, p. 11 a 12.

114. Cfr. RIPOLLÉS, Díez. *De la sociedad*, p. 1-16. En este trabajo, el autor español da cuenta como la seguridad ciudadana ha penetrado en las reformas penales como un lobo disfrazado de piel de oveja, al confundirse intencionalmente con la expansión del Derecho penal debida al fenómeno denominado "sociedad del riesgo", que exigiría reformas que no pueden asimilarse con las del dogma en comento.

115. Pudiese constituir una excepción a esta conclusión la novísima ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ley n. 20.393 de 02.12.2009, que consulta una serie de delitos en que estos entes pueden ser responsables criminalmente (lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho); mas, por su muy reciente entrada en vigencia, no es posible aun extraer conclusiones acerca de su utilidad y rendimiento.

116. Nos referimos, es claro, al *Derecho penal del enemigo* y las construcciones dogmáticas derivadas, en todo o en parte, de él.

4
Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Profesora Doctora de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la USP y Directora de la *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O trabalho pretende trazer uma análise crítica dos limites da intervenção penal no Brasil, tomando-se como ponto de partida o resgate da importância dos direitos humanos frente aos instrumentos de controle social formal exercido pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos – Política criminal – Intervenção penal – Expansão do direito penal – Sistema penitenciário – Estado Democrático de Direito.

RESUMEN: Pretende el trabajo traer un análisis crítico de los límites de la intervención penal en Brasil, tomandose 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.

PALAVRAS-CLAVE: Derechos humanos – Política criminal – Intervención penal – Expansión del derecho penal – Sistema penitenciário – Estado Democrático de derecho.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Derechos humanos en el ámbito del Estado Democrático de Derecho: la persona como destinataria de las normas jurídicas – 3. Supuesta crisis de eficacia del Derecho Penal: propuestas de expansión – 4. Política criminal y derechos humanos – 5. Derechos humanos y Derecho Penal en Brasil – 6. Límites para una intervención penal racional – 7. Conclusión.

1. 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,[1] 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 jurídico-penal, estando justamente por eso, siempre sujeta a revisión.[2]

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

1. En el mismo sentido, v. Delmas-Marty, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004, p. 22.
2. 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 beschäftigen 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*. 11. ed. Stuttgart: K. F. Koehler Verlag, 1964, p. 250.

establecimiento de las consecuencias del reconocimiento de los derechos individuales fundamentales.[3] 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.[4] Ese movimiento pendular entre autoritarismo y humanismo[5] en la actua-

3. 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 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.

4. 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.

5. Binomio denominado por Luigi Ferrajoli de "Derecho Penal mínimo" y "Derecho Penal máximo". *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.*

lidad 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.[6]

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 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.[7]

Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 103 e ss.

6. 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.

7. 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.

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.[8] El sistema de Derecho Penal debe ser examinado, frente al reconocimiento y protección de los derechos humanos, bajo esa perspectiva subsidiaria y fragmentaria.

2. 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 contenido que se dé al delito en los diversos sistemas dogmáticos,[9] 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.

8. V. Díez Ripollés, José Luis. *Política criminal...*, cit., p. 14-15.

9. 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.

Si, según lo expuesto por Franz Von Liszt,[10] 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.[11] 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.[12]

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,[13] y adquirir cada vez más fuerza la articulación o colaboración entre ambos ámbitos, según un modelo de sistema abierto, conforme lo expone Roxin.[14] En esta línea se llega a concepciones que consideran la política criminal como transcendente a la propia dogmá-

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

11. La política criminal es conceptuada 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.

12. Lo que se denominó "retorno a Franz von Liszt".

13. 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.

14. 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.

tica, 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.[15]

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.[16] 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.[17]

Se constata entonces, que el reconocimiento y la protección de los derechos humanos están en la base de las Constituciones democráticas modernas.[18] 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.[19] A partir de la constatación de la medida de la observancia de esos vínculos, la práctica en materia de derechos humanos se

15. 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.

16. Berdugo Gomez de la Torre, Ignacio. Derechos humanos y derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, Santiago de Compostela, 1987, p. 32.

17. Ídem, ibídem, p. 33.

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

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

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.[20]

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.[21] 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 dónde 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[22] y estos solo tienen valor en cuanto integrantes de una determinada comunidad. Esa comprensión del sentido social a partir de los propios individuos que lo componen hace posible la aplicación del Derecho más allá del cumplimento 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.[23]

20. 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.

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

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

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

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.[24] Se acentúa de ese modo, la necesidad de considerar los vínculos comunitarios establecidos por la persona a través de la participación democrática.[25] 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.[26]

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

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

25. Alcácer Guirao, Rafael. *Los fines del derecho penal...*, cit., p. 167.

26. "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.

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.[27]

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.[28] La referencia 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

27. 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 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.

28. 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.

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.

3. 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.[29] El Derecho Penal se revela así como tema atractivo, incluso debido a su efecto simbólico, substituyéndo aparentemente a las políticas públicas deficientes del Estado.[30]

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.[31]

29. V. en este sentido Díez Ripollés, José Luis. *Política criminal...*, cit., p. 41.

30. 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.

31. 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 superfi-

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.[32]

En ese contexto surge la expresión *Derecho Penal moderno*, utilizada con diversos significados. Hassemer[33] 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.

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

cialidad, 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.

32. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias*... cit., p.16 e ss.

33. 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.

riesgo, a partir del principio de la precaución, haciendo frente sobre todo a las nuevas formas de amenaza a bienes jurídicos supra-individuales.[34]

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 procesuales– 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.[35]

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 contagiar a todo el sistema, acabando por aplicarse también al denominado sector nuclear del Derecho Penal.[36]

34. 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.

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

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

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.[37] 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 delincuentes muy peligrosos, revelándose con lo que se exterioriza nítidamente un retorno a la idea de la inocuización.[38]

37. V. Silva Sánchez, Jesús-María. *La expansión...*, ob. cit., p. 163 e ss.

38. 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 delincuentes 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 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.

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.[39]

La negación jurídica de la condición de persona al enemigo se origina en el Derecho Romano,[40] 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.[41]

39. 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.

40. El concepto de enemigo tiene origen en la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*. "El 'inimicus' 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 Friedlossigkeit), 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.

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

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 contario 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.[42]

Esa lógica del enemigo parece estar presente actualmente en diversos ordenamientos jurídicos,[43] 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 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

42. 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.

43. 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.

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.[44]

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.[45]

A decir verdad, se observa que los modelos penales de seguridad que caracterizan la expansión del Derecho Penal[46] 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

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

45. 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 Criminais*, ano 17, n. 78, mayo-junio de 2009, p. 18.

46. *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 aflictivo 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.

que sea, acaba por condicionar inevitablemente el futuro del discurso modernizador, que no puede ignorarlo y actuar como si no existiera.[47] 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.[48] 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,[49] asumiendo invariablemente un contenido clasista. Las diferencias de tratamiento impuestas a sectores sociales distintos,[50] 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

47. Díez Ripollés, José Luis. *La política criminal en la encrucijada...*, cit., p. 195.

48. 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.

49. La misma crítica es hecha por Corcoy Bidasolo, Mirentxu. Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En: *La política criminal en Europa.* Gómez Martín, Victor (coord.), p. 37 e ss.

50. En el mismo sentido, v. José Luis Diéz 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.[51] 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.

4. 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.[52] 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 formulación legal, ya no podrán ser sustituidos mediante el recurso a la decisión política.[53]

Se observa, sin embargo, que el contenido de los tipos penales va más allá de la mera descripción linguística efectuada por el legislador, pues presentan elementos semánticos y valorativos que exigen del intérprete la utilización de un sistema abierto, que entrelace dogmá-

51. En ese mismo sentido, Moccia, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997, y Rivera Beiras, Iñaki. *Política criminal...*, cit., p. 409 e ss.

52. 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.

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

tica 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.[54]

Dentro de tales principios merece ser destacado el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos,[55] 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.[56] 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.[57]

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

54. 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*).

55. 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.

56. 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*, n. 6, p. 52.

57. Ídem, ibídem, p. 52.

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.[58]

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.[59] 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.[60]

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

59. A modo de ejemplo, en relación con el delito de contaminación, previsto en el art. 54 de la Leí Federal n. 9.605/1998, o con los delitos fiscales, tipificados en la Leí Federal n. 8.137/1990, 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.

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

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).[61]

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.[62]

61. Ídem, ibídem, p. 374 e ss.

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

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.[63] Únicamente a partir de la idea de dignidad intrínseca a toda persona –también al delincuente– como valor transcendente 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.

5. 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 Order*, 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[64] ha acabado por generar efectos negativos a la concep-

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.

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

64. Al lado de medidas penales de carácter punitivo, se adoptaron otras dirigidas a impedir la efectiva punición del delito, tales como el recono-

ción sistémica del Derecho Penal, y así, a su propia legitimidad y credibilidad social.[65]

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.[66]

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 crímenes sin fianza y no susceptibles de gracia o amnistía la práctica de la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, el terrorismo

cimiento 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. 9.099/1995).

65. 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*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 84-85.

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

y los definidos como crímenes atroces respondiendo por ellos los inductores, los ejecutores y los que, pudiendo evitarlos, se omitan" (art. 5.°, 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, movilizados frente a extorsiones mediante secuestro practicadas contra individuos importantes de la elite económica y social brasileña (caso Martinez, 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. 8.072/1990).[67]

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. 8.072/1990 los siguientes delitos: asesinato;[68] homicidio practicado en la

67. 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 cumplimento 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: Ed. RT, 1992, p. 275.

68. A decir verdad, el homicidio calificado ingresó en la relación de los crímenes atroces por medio de la Ley Federal n. 8.930/1994, en buena

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 cumplimento de la pena privativa de libertad;[69] 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. 9.677/1998 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",[70] 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

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.

69. Según la redacción original del art. 2.°. 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. 11.464/2007, 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.

70. Reale Júnior, Miguel. La inconstitucionalidad de la ley de los remedios. *RT*, vol. 763, São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 426.

ignorada; o adquirido de algún establecimiento 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 presumidas 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.[71] Aunque esta conclusión sea habitual dentro de la doctrina brasileña, la Ley Federal n. 8.072/1990 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.[72]

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 ideo-

71. 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: Ed. RT, 2003, p. 347.

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

logías de derecha y de izquierda acaban perdiendo sentido en cuanto a sus definiciones tradicionales y comparte las mismas reglas. Así, se construye el discurso de la denominada "izquierda punitoria",[73] 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[74] 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.[75] 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

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

74. 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.

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

de encarcelamiento, que viene creciendo de forma sistemática sin que los establecimientos penitenciarios tengan condiciones 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,[76] como consecuencia directa del establecimiento de medidas preventivas de detención y de regímenes penitenciarios más rígidos, con posibilidades restringidas de progresión de cumplimento 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.[77]

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

76. De acuerdo con datos de la Secretaría de Administración Penitenciaria disponibles en www.admpenitenciaria.sp.gov.br/dti/estatisticas.html.

77. 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.

implementar las garantías aseguradas, tanto en la Constitución como en la ley ordinaria, 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.[78] 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 en 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.[79]

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

78. 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.

79. De acuerdo con la crítica de Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Execução penal e falência do sistema carcerário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 29, São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 354-355.

que impera la tortura, de manera habitual, como método de interrogatorio, castigo, control, humillación y extorsión. Además, se observó la ausencia 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.[80]

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.[81]

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.

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

81. La mencionada unidad penitenciaria tenía posibilidad de abrigar 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 enero de 2008.

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.[82]

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 integralmente en régimen cerrado, aunque ya hayan cumplimentado los requisitos legales (fracción de cumplimento de la

82. 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.

pena y ausencia de práctica de faltas disciplinares) 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 vacante en régimen semiabierto en un régimen menos grave (régimen abierto o prisión domiciliar),[83] 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

83. En ese sentido, v. HC 94.829 –SP e HC 94.526 – SP, cuyos acuerdos están disponibles en www.stf.gov.br.

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."[84]

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.[85]

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

84. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – HC 335.434/9.

85. Los artículos 52 y 53 de la Ley de Ejecución Penal, alterados por la Ley Federal n. 10.972/2003, 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).

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 ilegítima 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.[86] 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. 10.792/2003, concluyendo su incompatibilidad con las normas nacionales e internacionales de derechos humanos.[87] 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

86. 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.

87. 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/cnpcp/pareceres.

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 sintesis, 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.

6. 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.[88] 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,[89] 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. Expone de la misma forma esa preocupación Victor Gómez Martín. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. *Política criminal y reforma penal*. Gómez Martín, Victor (coord.). Madrid: Edisofer, 2007, p. 80 ss.

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

A la par de ese posicionamiento, otro sector de la doctrina, como Corcoy Bidasolo[90] y Schünemann,[91] sostiene la idea de que la libertad del individuo sólo puede asegurarse por medio de la prevención penal de riesgos.[92] 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.[93] De hecho, la

90. V. Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. 1999, p. 20 e ss.

91. 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.

92. Gómez Martín, Víctor. Cultura del control..., cit., p. 87.

93. 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*

evolución del Derecho Penal está marcada justamente por la neutralización de la figura de la víctima[94] 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 "redescubrimiento" 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".[95] 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.[96] De hecho, no se demostró empíricamente que un incremento

fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno. Madrid: Iustel, 2007, p. 439.

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

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

96. 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.

de las garantías y derechos individuales conlleve necesariamente el detrimento de la eficacia jurídico-penal.[97] 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 meramente garantistas bajo el punto de vista formal,[98] 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.

7. 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,

97. Pérez Cepeda, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento...*, cit., p. 371-372.

98. 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 incomprensión 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.

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.[99]

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.[100] 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.

99. 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.

100. 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. 8. ed. Trad. Maria Isaura Perlera 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.

5
El principio de legalidad en la reciente Reforma del Código Penal chileno

MAURICIO ALFREDO RETTIG ESPINOZA

Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad de Barcelona. Magister en Derecho Penal y Ciencias Penales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho penal y de Derecho procesal penal del Magister de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: La presente investigación, dice relación con un estudio sobre el principio de legalidad, concepto, antecedentes, fundamentos y garantías que comprende, así como un análisis de las reformas introducidas en el Código penal chileno en los últimos años, miradas desde el prisma del principio antes referido. Por último, el lector encontrará un desarrollo más extenso de ciertos problemas particulares que han producido mayor debate en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de la infracción o respeto del principio de legalidad. Adviértase desde ya, que el panorama no es para nada auspicioso, toda vez que la técnica legislativa utilizada en las últimas reformas al Código penal chileno, recurre a un uso excesivo de los elementos normativos del tipo, sin especificar en manera alguna su contenido, ni establecer pautas de interpretación, establece penas con márgenes amplísimos o derechamente, en un caso puntual, no establece pena alguna, obligando con ello a la jurisprudencia a tensionar la aplicación de la ley penal, con el principio de legalidad.

ABSTRACT: The current investigation is regarded to a study of the Principle of Legality, its definition, and the causes, grounds and guarantees that it supposes. Additionally it analyses from the point of view of this Principle the modifications and amendments introduced to the Chilean Criminal Code along the last years. Finally the reader will find a more extensive development of certain specific problems that have originated more debate among the doctrine and the jurisprudence with regard of the breach of the Principle of Legality. It has to be warned that the future is not auspicious, since the legal technique employed in the last legal reforms to the Criminal Code, uses excessively the legal elements of the type without specifying, whatsoever, its contents and with no guidance for construction of the legal rule. Moreover, in some cases, it establishes ample margins of punishments and in some cases, it does not contemplate any penalty at all. Among other deficiencies, it does not apply the Principle of the Social Reality, which have pressed the jurisprudence to tension [in some cases] the application of the Criminal Law with the Principle of Legality.

PALABRAS CLAVES: Principio de legalidad – Seguridad jurídica – Tipicidad – Irretroactividad – Ley escrita – Analogía – Interpretación extensiva – Interpretación restrictiva – Principio de la realidad social – Pena – Doctrina – Jurisprudencia.

KEYWORDS: Principle of Legality – Legal Certainty – Legal Criminal Type – Non Retroactivity – Written Law – Analogy – Extensive Construction – Restrictive Construction – Principle of Social Reality – Punishment – Doctrine – Jurisprudence.

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema: 1.1 Generalidades – 2. Principio de legalidad: 2.1 Antecedentes; 2.2 Fundamentos del principio de legalidad: 2.2.1 Fundamento político; 2.2.2 Fundamento jurídico; 2.3 Formulación actual del principio de legalidad – 3. Garantías sustantivas: 3.1 La reserva de ley o *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*; 3.2 La prohibición de analogía o *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*: 3.2.1 Concepto de analogía; 3.2.2 Ámbitos de aplicación de la analogía; 3.2.3 Analogía, interpretación extensiva e interpretación restrictiva; 3.3 La exigencia de irretroactividad o *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*: 3.3.1 Concepto; 3.3.2 Normativa aplicable; 3.3.3 Retroactividad de la ley más favorable; 3.3.4 Ley más favorable; 3.3.5 Ley intermedia; 3.3.6 Leyes transitorias: ley temporal y ley excepcional; 3.3.7 Carácter obligatorio de la ley penal más favorable; 3.4 La exigencia de taxatividad y de certeza o *nullum crimen nulla poena sine lege certa*: 3.4.1 Casos de indeterminación – 4. Reformas al Código penal chileno en los últimos años – 5. Posición de la doctrina y de la jurisprudencia frente a cuatro casos de reformas efectuadas en los últimos diez años al Código penal chileno en que se han discutido problemas relativos al principio de legalidad: 5.1 Primer caso: Abuso sexual agravado del artículo 365 bis: 5.1.1 Posición de la jurisprudencia; 5.1.2 Posición personal y de la doctrina mayoritaria; 5.1.3 Conclusión; 5.1.4 Penalidad; 5.2 Segundo caso: El hurto como falta contemplado en el artículo 494 bis del Código penal: 5.2.1 Posición de la doctrina nacional; 5.2.2 Posición de la jurisprudencia; 5.2.3 Ley 20.140; 5.3 Tercer caso: Parricidio sancionado en el artículo 390 del Código penal: 5.3.1 Origen de la iniciativa legal; 5.3.2 Posición de la Comisión Mixta del Congreso; 5.3.3 Posición de la doctrina y de la jurisprudencia; 5.3.4 Posición personal; 5.4 Cuarto caso: Ley de responsabilidad penal de adolescentes – 6. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Generalidades

Siendo el Derecho penal acaso la forma más intensa e invasiva con que cuenta el Estado para proteger los bienes jurídicos sin los cuales se

haría inviable la vida en sociedad, resulta evidente a estas alturas, que esta herramienta no tiene el mismo significado ni la misma entidad según se trate de un Estado liberal o de un Estado con un modelo totalitario.

Luego de las guerras mundiales, al menos en la cultura occidental, podemos señalar que se ha impuesto como modelo, el de un Estado social y democrático de Derecho, cuyo régimen implica una determinada forma de relación entre el Estado, la sociedad y el ciudadano, en el cual el poder estatal emanado de la soberanía, no es ilimitado sino que reconoce como límites el respeto y promoción de los *derechos humanos* derivados de la dignidad de la persona, el *imperio de la ley* como manifestación de la voluntad general, la garantía de la seguridad jurídica y el *principio de separación de los poderes del Estado.*[1] En un Estado de Derecho los conflictos entre la justicia material y la seguridad jurídica deben ser resueltos en primer término por el legislador a fin de evitar toda clase de arbitrariedad.[2] Así, Roxin afirma que en un Estado de Derecho se debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también debe imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del "Estado Leviatán".[3]

En el mismo sentido, von Liszt afirmaba que: "la ley penal es la carta magna del delincuente", queriendo significar con ello que una tarea fundamental de Derecho penal es otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos, estableciendo con claridad el límite entre lo punible y lo que no lo es.[4] Sin embargo, con razón se ha criticado en la actualidad la frase acuñada por von Liszt, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho el juez nunca tiene ante sí a un delincuente, sino a un *ciudadano* que está ampa-

1. Feller Schleyer, *Orientaciones básicas del Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho, Revista de Ciencias Penales*, Quinta Época, 1990-1993, t. XL, n. 1, p. 36-37.
2. Maurach y Zipf, *Derecho penal, parte general*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1994, t. I, p. 154-155.
3. Roxin, *Derecho penal*, parte general, Trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal, Editorial Civitas. Madrid, 1. ed., 1997, p. 137.
4. Von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, Editorial Valletta, Buenos Aires, 2007, p. 243 y 651.

rado por el derecho a la presunción de inocencia y que es el destinatario de la protección del principio de legalidad; en consecuencia, este principio se debe entender como la *Carta Magna del ciudadano* y toda restricción de su contenido afectará esencialmente derechos fundamentales.[5-6]

Así las cosas, el Derecho penal supone una serie de postulados que constituyen controles formales al ejercicio de la potestad punitiva, que la dogmática penal denomina *límites al ius puniendi*, los cuales orientan la manera como se ejerce esa actividad sancionadora, con sus presupuestos y condiciones.[7]

El principal de estos límites en un Derecho penal moderno configurado según cánones de índole liberal,[8] se encuentra constituido por el *principio de legalidad*, el cual constituye la expresión de uno de los más importantes fines de garantía individual asumidos por el sistema penal[9] y el lente a través del cual analizaremos en este artículo, si las reformas introducidas al Código penal chileno durante los últimos años, respetan las directrices que este principio involucra.

2. Principio de legalidad

Antes de revisar las reformas a nuestro Código penal en últimos años, resulta imprescindible conceptualizar el principio de legalidad y analizar cuáles son las exigencias que dicho principio postula.

2.1 Antecedentes

A pesar de su formulación en latín, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* no tiene origen romano, sino que surge con univer-

5. Bacigalupo, *Derecho penal*, parte general, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 107-108.
6. En el mismo sentido, García Pablos de Molina afirma que las diversas garantías que entraña el principio de legalidad, son la *Magna Charta del ciudadano* (García Pablos, *Introducción al Derecho penal*, Editorial Universitaria Ramón Arces, Madrid, 3. ed., 2005, p. 483).
7. Velásquez Velásquez, *Derecho penal, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 171.
8. Rodríguez Mourullo, *Legalidad (principio de) (Derecho penal), en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, t. XIV, 1971, p. 882.
9. Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Editorial Bosch, 2002, p. 252.

salidad, como consecuencia del liberalismo del siglo XVIII, y tiene sus primeras manifestaciones en la Edad Media, en las primeras aspiraciones del hombre por contar con algún grado de seguridad jurídica.[10]

Un antecedente, se encuentra constituido por la *Carta Magna Leonesa*, otorgada por don Alfonso, Rey de León y de Galicia, en las Cortes de León el año 1188, en la cual, si bien no se encuentra expresamente alguna mención relativa al juicio legal por sus pares, como sí aparece expresamente en la Carta Magna Inglesa, dicho principio se deduce del texto.[11]

Otro antecedente del principio el principio de legalidad en materia penal, se encuentra constituido por la *Carta Magna Inglesa*, arrancada por los nobles a Juan Sin Tierra, el año 1215, para evitar las arbitrarias represalias del Rey en contra de sus enemigos.[12] Sin embargo, las investigaciones antiguas y modernas coinciden en la índole aristocrática de dicho documento, ya que los *pares* de que habla el artículo 39, están muy lejos de ser gente del pueblo, como son la inmensa mayoría de los acusados, sino los prelados, condes, barones y demás señores feudales.[13]

Si bien, los antecedentes anteriores reflejan la misma preocupación por la seguridad jurídica, es en la época de la Ilustración y como fruto del pensamiento del Iluminismo y de su filosofía, que aparece con fuerza la exigencia de una ley escrita y la protección de los ciudadanos a través de ella, frente a la arbitrariedad estatal. El pensamiento filosófico de Rousseau expresado en su obra titulada "El contrato social" y la teoría de la división de poderes de Montesquieu, en su obra "Del espíritu de las leyes" constituyen su substrato ideológico.[14] Voltaire sostuvo la idea de la Codificación, es decir, la presentación de la ley como garantía de la libertad ciudadana y como protección contra la arbitrariedad judicial y estatal; y, en particular, en el Derecho penal, la idea de que no debe imperar el poder desbordado del juez, sino la ley.[15] Beccaria desarrolla, para el Derecho punitivo, las consecuencias de la teoría de la separación

10. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*. Publicados, 7 vols. Losada, Buenos Aires, 5. ed., t. II, 1992, p. 383-384.
11. Jiménez de Asúa, op. cit., p. 385.
12. Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 883.
13. Jiménez de Asúa, op. cit., p. 383-385.
14. Cerezo Mir, *Obras Completas*, Editorial Ara, Lima, 2006, t. I, p. 241.
15. Velásquez Velásquez, op. cit., p. 174-175.

de los poderes de Montesquieu y de la teoría desarrollada por Rousseau, estableciendo las bases del Derecho penal liberal, que sella con su impronta los ordenamientos jurídicos occidentales hasta el presente.[16] A él se debe, en especial, la elaboración del principio de reserva o de legalidad de los delitos y penas;[17] sin embargo, pertenece a von Feuerbach el mérito de formular la máxima en los términos en que hoy es constantemente usada en la expresión latina, *nullum crimen, nulla poena sine lege.*[18]

El desarrollo anterior se ve plasmado en las constituciones de Filadelfia de 1774, de Virginia de 12 de junio de 1776 y en la de Maryland de 11 de noviembre del mismo año, pero fue sólo con la Revolución Francesa que los postulados de la Ilustración encontraron su efectivo reconocimiento, en torno al *predominio de la ley en el Derecho penal,* como se desprende de los artículos 7.°, 8.° y 9.° de la Declaración de los Derechos del Hombre del Ciudadano de 1789. En igual sentido se pronuncian luego la Constitución francesa de 1791 en sus artículos 8.° y 10.°, la de 1793 en su artículo 14 y el Código napoleónico de 1810 en su artículo 4.°.[19]

En 1801 von Feuerbach, en su *Tratado de Derecho penal* y en el Código penal bávaro de 1813, con su teoría de la coacción psicológica,[20]

16. Afirmaba Beccaria: "La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa, y otra más en la extensión, se sigue que, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente" (Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Editorial Heliasta, 1993, p. 61-62).

17. Cury Urzúa, *Derecho penal*, parte general, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 155-156.

18. Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 883.

19. Velásquez Velásquez, op. cit., p. 175.

20. En tal sentido, Feuerbach afirma que: "todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa *que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho*" (Feuerbach,

además de plantear su teoría de la prevención general, daba concreción al principio de legalidad sobre la base de los siguientes pilares: a) toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena; b) la imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ello, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario y c) el hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Por ello, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vincula mediante la ley a una lesión jurídica determinada.[21] A lo largo del siglo XIX, el principio de legalidad fue incluido en casi todos los Códigos penales del Continente europeo y en muchas Constituciones.

Sin embargo, el primer ataque en contra del principio de legalidad provino del plano científico, a través de la Escuela positiva centrada en la peligrosidad del reo. El legislador y el juez deben captar la personalidad del sujeto, lo cual es difícil, por no decir imposible de tipificar. Así, la exigencia de que todo sujeto peligroso sea sometido a una medida de seguridad, comenzó a conmover la rigidez del principio de legalidad. Sin embargo, si los positivistas no postularon expresamente la eliminación del principio de legalidad, fue debido a que el ambiente no estaba aún preparado para aceptar pasivamente la desaparición de una regla tan fundamental en la civilización europea.[22]

Con la crisis del liberalismo y el advenimiento de los modernos regímenes totalitarios, en los cuales el individuo resultó absorbido por el Estado, sin poder hacer valer derecho de libertad alguno, el principio de legalidad fue puesto en discusión y finalmente eliminado.[23] En los Códigos penales rusos de 1922 y 1926 se admite expresamente y con una gran amplitud la aplicación de la ley penal por analogía. Es la primera vez que se produce la ruptura con la tradición del Continente europeo.

Tratado de Derecho Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 52). Con lo anterior, Feuerbach daba entrada, así, al concepto de prevención general (Tozzini, *El principio de legalidad, en El penalista liberal*, libro homenaje a la memoria del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Editorial Hammurabi, 2004, p. 258).

21. Feuerbach, op. cit., p. 55; Tozzini, op. cit., p. 258.
22. Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 884.
23. Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 884.

En la Alemania nacional-socialista, por la Ley de 28 de junio de 1935 se modificó la redacción del artículo 2.° del Código penal, de modo que pasaban a constituir delito no sólo las conductas comprendidas en las figuras delictivas, sino también aquellas que merecieran ser castigadas "de acuerdo con la idea fundamental de una ley penal y el sano sentimiento popular".[24]

Luego de la Segunda Guerra Mundial y del desprestigio teórico de las ideologías dictatoriales, las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de diez de diciembre de 1948, hicieron expreso reconocimiento del principio *nulla poena*.[25-26] Además, se restableció el principio de legalidad en la Alemania ocupada, por varias disposiciones de las potencias vencedoras. Así, el principio de legalidad figura en la Ley fundamental de la República Federal Alemana y por la Ley de 4 de agosto de 1953 se restableció, con ligeras variantes, la redacción del artículo 2° del Código penal anterior a la Ley de 28 de junio de 1935. En la Rusia soviética se restableció el principio de legalidad de los delitos y las penas en los Fundamentos de Derecho penal de 1958 y en el nuevo Código penal de 1960 y en la actualidad, el principio de legalidad se incluye en el nuevo Código penal ruso de 1996.[27]

2.2 *Fundamentos del principio de legalidad*

El principio de legalidad tiene un doble basamento. Desde el punto de vista político, es una manifestación de la idea de libertad y del Estado de Derecho y desde el prisma jurídico penal, es una manifestación de la función social de la norma penal.[28]

2.2.1 Fundamento político

El principio de legalidad es un fruto de la Ilustración y particularmente del pensamiento político del liberalismo forjador de la idea de Estado de Derecho, la cual a su vez, deriva de la teoría ilustrada del

24. Cerezo Mir, op. cit., p. 243-245.
25. Velásquez Velásquez, op. cit., p. 177-178.
26. El artículo 11 establece que: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional, tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".
27. Cerezo Mir, op. cit., p. 243-246.
28. Velásquez Velásquez, op. cit., p. 179.

contrato social de Rousseau, la que presupone una organización política basada en la idea de *división o separación de poderes*, donde la ley es competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto o contrato social, que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder legislativo, que representa al pueblo.[29] En tal sentido, el principio de legalidad proclama el *imperio de la ley*,[30] conforme con el cual, no solo el ciudadano, sino también los poderes del Estado se encuentran supeditados a la ley. Por lo tanto, solamente el legislador que actúa en representación directa de la comunidad organizada, en representación de la voluntad general de los ciudadanos, puede establecer limitaciones a los derechos individuales, puede prohibir u ordenar conductas al crear delitos y establecer penas. De esta forma, podemos afirmar que originariamente el principio de legalidad jurídico-penal, es una manifestación de la idea de Estado de Derecho, que se concreta en la exigencia fundamental de la reserva absoluta de la materia penal para el poder legislativo y, por ende, tiene un origen fundamentalmente político,[31] ya que a través de la certeza jurídica, propia del Estado de Derecho, se brinda seguridad política a los ciudadanos.

El *nullum crimen* expresa, en primer lugar, la reacción ilustrada contra el *ius incertum* contra la *inseguridad jurídica* y la *arbitrariedad* del viejo régimen, reclamando claridad, certeza y límites precisos a la intervención punitiva del Estado. En segundo lugar, el *nullum crimen* garantiza la elemental *certeza y seguridad jurídica* que el ciudadano reclama, pues una ley *previa, escrita, estricta* y *cierta* le permitirá conocer y calcular las consecuencias de sus actos. En tercer lugar, el principio de legalidad satisface el postulado de la *autonomía*, ya que reconoce al ciudadano no sólo la capacidad de actuar conforme a las reglas, sino también la de dictarlas, de contribuir a establecerlas, a través de sus representantes legales en el Poder legislativo. El principio de legalidad expresa los dos valores básicos de todo ordenamiento jurídico: *la libertad y la igualdad*[32]

29. Mir Puig, *Derecho penal, Parte general*, Editorial B de F, Buenos Aires, 7. ed., 2005, p. 115.
30. García Pablos de Molina, op. cit., p. 485.
31. Velásquez Velásquez, op. cit., p. 179-180.
32. García Pablos de Molina, op. cit., p. 486.

y, por lo tanto, es una lucha por el Derecho y una garantía política para los derechos individuales que sólo el Estado de Derecho puede otorgar.[33]

2.2.2 *Fundamento jurídico*

En Feuerbach se encuentra de forma cabal la unidad entre contenido y forma que el principio de legalidad penal requiere. En el enunciado *nullum crimen, nulla poena sine lege* se hace referencia con *crimen* al injusto realmente grave (y sólo a éste) contra la persona y el Estado; y con *poena* a la condena soberana (no brutal) del injusto grave.[34]

La formula *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali* de Feuerbach, se asentaba en la función de prevención general de la teoría de la pena como coacción psicológica, acorde con la cual, sólo una amenaza penal establecida por la ley con anterioridad al hecho es susceptible de paralizar los impulsos tendentes a su comisión. Sólo la conminación legal previa de la sanción para una conducta determinada, es capaz de actuar como prevención general de la comisión de delitos.[35]

Si bien en la actualidad se considera superada la teoría de la coacción psicológica y, por tanto, también la fundamentación del principio de legalidad derivada de ella, si se complementa la idea de la intimidación con el aspecto positivo de la prevención general, la fundamentación del principio *nullum crimen* desde la teoría de la pena resulta más actual que nunca. Así, Roxin afirma que si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos.[36]

33. Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 886.
34. Naucke, La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 535.
35. Feuerbach, op. cit., p. 50-54.
36. Roxin, op. cit., p. 146.

De otro lado, debemos señalar que von Beling supo potenciar al máximo el alcance del *nullum crimen* con su teoría del "tipo" o de la "tipicidad", como una las exigencias políticas y técnicas derivadas del principio de legalidad. A juicio del autor, el *nullum crimen* y su posterior aceptación generalizada por las legislaciones representó un giro sustancial en el Derecho penal contemporáneo, consistente en el tránsito de un Derecho penal basado en cláusulas generales, a un Derecho penal de tipicidades concretas, de *numerus clausus*, convirtiéndose la tipicidad en una característica necesaria del concepto general de acción punible.[37]

2.3 *Formulación actual del principio de legalidad*

Del principio de legalidad se desprenden garantías sustantivas, procesales y de ejecución penal.[38] Así, las prerrogativas penales se pueden compendiar en el siguiente aforismo latino: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa et praevia,* lo cual significa que *no hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad, sin ley escrita, estricta, cierta y previa.*[39]

Dada la naturaleza de este artículo, en adelante nos concentraremos únicamente en las garantías sustantivas que a continuación desarrollaremos.

37. García Pablos de Molina, op, cit., p. 490.

38. Consiste en la garantía denominada *nulla poena nulla mensura sine regimene legale, sine humanitae, sine resocializatione: no hay pena ni medida de seguridad sin régimen legal, sin adecuado tratamiento penitenciario, asistencial y humanitario, sin resocialización, lo que confluye en el llamado principio de la ejecución.* De lo anterior se deducen las siguientes garantías: 1. No hay pena sin adecuado tratamiento penitenciario; 2. No hay pena sin tratamiento humanitario; 3. No hay pena sin resocialización y 4. No hay medida de seguridad sin tratamiento humanitario (Velásquez Velásquez, op. cit., p. 184-185). Lamentablemente, en Chile esta materia se encuentra regulada sólo a nivel reglamentario, infringiéndose con ello claramente el principio de legalidad. En tal sentido, Politoff, Matus y Ramírez, afirman que si bien aspectos complementarios pueden quedar entregados a normas de inferior jerarquía en el sistema penal, a veces en materias de la mayor importancia son entregadas por completo a normas de inferior jerarquía, como sucede particularmente con el *Reglamento sobre Establecimientos Penitenciarios* regulado en el Decreto Supremo n. 518, publicado en el Diario Oficial, el día 21 de agosto de 1998 (Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho penal chileno*, Parte general, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 94). Sin embargo, existe en el Ministerio de Justicia un Anteproyecto de Ley que regula la materia, que debería ser presentado en un tiempo próximo.

39. Velásquez Velásquez, op. cit., 182.

3. Garantías sustantivas

Con este nombre se alude a aquellas prerrogativas que rigen en materia de Derecho penal sustantivo o material. La norma penal ha de tener validez formal, la cual se adquiere cuando la norma se concreta en una ley promulgada bajo las condiciones establecidas en la Constitución.[40]

En este sentido, la función del principio de legalidad es esencialmente garantista, por cuanto opera como límite a la arbitrariedad estatal. Implica que el Estado ha de especificar el contenido y fundamento de sus intervenciones sobre los ciudadanos con el mayor rigor posible y que estos han de tener la posibilidad real de conocerlos con toda claridad.[41]

Las garantías sustantivas son las siguientes:

3.1 La reserva de ley o nullum crimen nulla poena sine lege scripta

No hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley escrita.[42]

Conforme a este principio, la única fuente inmediata y directa del Derecho penal es la ley dictada conforme a las exigencias materiales y formales de la Constitución.[43] La única fuente creadora de *delitos, penas, causas de agravación y medidas de seguridad* es la ley.[44-45]

Por lo tanto, debiesen quedar excluidos como fuente *directa* del Derecho penal aquellas regulaciones de inferior jerarquía a la de la ley, esto es, los *decretos supremos,* los *reglamentos,* las *ordenanzas,* las *instrucciones,* las *órdenes de servicio* y otras semejantes.[46] Esto significa que actos de la autoridad pública de jerarquía inferior a la ley no pueden crear delitos ni penas. Lo que no impide que ellos operen de manera complementaria en el sistema penal[47] como ocurre normalmente en el caso de los regla-

40. Bustos Ramírez, *Obras completas*, Editorial Ara, Lima, 2004, t. I, p. 566.
41. Bustos Ramírez, op. cit., p. 565-566.
42. Velásquez Velásquez, op. cit., p. 182.
43. Politoff, *Derecho penal*, parte general, Editorial ConoSur, 2001, t. I, p. 76-77.
44. Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2003, p. 148.
45. Zaffaroni, *Derecho penal, Parte general,* Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 112.
46. Garrido Montt, *Derecho penal, Parte general,* Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. I, p. 32.
47. Politoff, Matus y Ramírez, op. cit., p. 94.

mentos. También deberían quedar excluidos, como fuentes generadoras de delitos y de penas, los Decretos con Fuerza de Ley, los cuales, técnicamente hablando no son leyes, y con mayor razón, los Decretos Leyes.[48]

Ello significa que ni la costumbre, ni los principios generales del Derecho, ni la jurisprudencia, son fuente directa o formal del Derecho penal, para crear delitos o contravenciones penales, penas o medidas de seguridad.[49] Nadie puede ser castigado o condenado con una pena más grave que la legalmente prevista, apelando sólo al Derecho consuetudinario.[50] La forma de ley se requiere porque la punibilidad ha de estar determinada mediante reglas generales, no sólo mediante reglas válidas para el caso concreto o sólo para un individuo. Se trata aquí de recurrir a la generalidad para impedir la arbitrariedad.[51]

La ley penal escrita, para poder cumplir debidamente con su función garantizadora, debe contener todos los elementos del tipo que lo definen, como también los del autor merecedor de una pena, es decir, los elementos del tipo de injusto y de la reprochabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, todas las sanciones, incluidas las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, y, por último, las causas personales de exclusión y de anulación de la pena.[52]

La razón de esta prohibición en el campo penal de aplicar normas no escritas radica en la llamada fundamentación democrático-representativa del principio de legalidad, esto es, en la exigencia de que las prescripciones incriminadoras sólo pueden ser establecidas por el Congreso, como organismo representativo de la voluntad popular.[53]

De otro lado, este principio dice relación con una limitación dirigida al juez, que no puede buscar más allá del estrecho margen legal, la solución del problema sometido a su decisión.[54]

48. Zaffaroni, op. cit., p. 113.
49. Bustos Ramírez, op. cit., p. 566.
50. Jescheck y Weigend, op. cit., p. 143.
51. Jakobs, *Derecho penal*, parte general, Trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2.° edición, 1997, p. 89.
52. Tozzini, op. cit., p. 266.
53. Feller Schleyer, op. cit., p. 38-39; Cury Urzúa, op. cit., p. 169; Tozzini, op. cit., p. 266.
54. Cury Urzúa, op. cit., p. 167-168.

Efectivamente, nadie discute que en la Parte especial no se pueden crear nuevos tipos, ni penas típicas, ni posibilidades de perseguibilidad mediante Derecho consuetudinario.[55] Sin embargo, el principio de legalidad cede en ocasiones cuando se trata de atenuar o de excluir la responsabilidad penal.[56-57-58]

Así, en el ámbito de la parte general del Derecho penal los criterios decisivos han sido fijados en múltiples ocasiones, no a través la ley, sino por medio de la teoría y la jurisprudencia. Además, aquí se trata de la labor interpretativa que puede ser reconocida a través del Derecho consuetudinario.[59] Sin embargo, no debe confundirse la aplicación del Derecho consuetudinario, con la interpretación de la ley penal. A menudo el legislador deja abiertos espacios a las teorías generales del Derecho penal, entregando la decisión a la jurisprudencia; en parte, por las dificultades que en muchos casos se oponen a una codificación de tales materias, y en parte por los loables deseos de no bloquear la evolución científica mediante la fijación escrita de un estadio del conocimiento que después va a quedar superado. Pero lo que los tribunales deciden en esos campos y en otros similares, sólo es un resultado de la interpretación, sin que ello tenga el carácter normativo vinculante del Derecho consuetudinario. A ese respecto hay que tener presente que en Derecho penal son discutidas casi todas las teorías generales, e incluso las conclusiones seguras casi nunca penetran en la conciencia popular.

55. Roxin, op. cit., p. 159.

56. Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2003, p. 148.

57. En tal sentido, Jescheck y Weigend afirman que resulta admisible el Derecho consuetudinario que es beneficioso para el autor, como por ejemplo, ocurre a través de la creación de nuevas causas de justificación y ponen a título ilustrativo, el derecho de corrección del maestro reconocido por el Derecho consuetudinario alemán (Jescheck y Weigend, op. cit., p. 148).

58. En el mismo sentido, Bacigalupo sostiene que existe una tendencia a limitar la exclusión del Derecho consuetudinario a la Parte especial del Derecho penal, en cambio dicha limitación no regiría de la misma forma tratándose de la Parte general cuando se aplica *in bonam partem*. Así por ejemplo dice que la extensión de una eximente legal (su caracterización como causa de justificación, como causa de inculpabilidad o como excusa absolutoria) se podría fundamentar suficientemente en el uso reiterado y constante que de ella haya hecho la jurisprudencia (Bacigalupo, op. cit., p. 133-134).

59. Jescheck y Weigend, op. cit., p. 148.

Por ello, no puede generarse un Derecho consuetudinario para fundamentar la responsabilidad penal. Esto es algo que hay que tener siempre presente, porque sólo de ese modo puede la jurisprudencia seguir la evolución científica, en atención a la cual el legislador ha optado por una continencia codificadora, en vez de mantenerse rígidamente vinculado a un pretendido Derecho consuetudinario.[60]

En ocasiones la doctrina crea teorías para limitar la interpretación y aplicación de la ley penal y un ejemplo claro de aquello, es la teoría de la imputación objetiva o la delimitación entre dolo y la imprudencia. Sin embargo, en otros casos, se ocupa para extender la interpretación, fundamentación y aplicación de la ley penal, como ocurre en el caso de la teoría de la *actio libera in causa*, en los delitos de omisión impropia o en el caso de la teoría de la autoría mediata.[61]

3.2 *La prohibición de analogía o nullum crimen nulla poena sine lege stricta*

No hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley estricta. Con ello, se rechaza la analogía.

3.2.1 *Concepto de analogía*

Existe analogía cuando se aplica la ley a un caso para el cual no ha sido creada pero que se asemeja a aquel o aquellos a los cuales estaba destinada a regir. En la analogía se resuelve el caso en base a una regla jurídica, aún cuando el supuesto de hecho del caso concreto, se encuentra fuera del tenor literal de la norma, en base a un argumento de semejanza o al espíritu de la ley.[62]

3.2.2 *Ámbitos de aplicación de la analogía*

En otras disciplinas jurídicas distintas del Derecho penal la analogía es un medio permitido para resolver el un caso concreto acudiendo a la máxima "donde existe la misma razón ha de existir la misma disposición". Ello se explica porque, por muy bien hecha que esté hecha una ley, no puede abarcar todos los casos que se presentan en la realidad.

60. Roxin, op. cit., p. 159-160.
61. Roxin, op. cit., p. 159.
62. Al respecto ver Cury Urzúa, op. cit., p. 201; Bustos Ramírez, op. cit., p. 567; Politoff, op. cit., p. 89 y Jiménez de Asúa, op. cit., p. 479.

En Derecho penal debemos distinguir la analogía *in malam partem*, que es aquella que se realiza en contra del reo y, que en consecuencia, está totalmente prohibida. Está prohibido en Derecho penal, acudir a la analogía para crear o extender delitos o agravar las penas,[63] ya que de esta manera podría socavarse la seguridad jurídica de los ciudadanos, garantía consustancial a un Estado Democrático de Derecho. Sólo aquello que está previsto en la ley puede fundamentar la intervención punitiva estatal en contra del reo.[64] Ello es una afirmación del imperio de la ley y un límite a la actividad judicial, ya que el juez o el intérprete de la ley penal no pueden crear delitos o llenar los vacíos con base en normas semejantes, porque, de lo contrario, se dejaría la puerta abierta a la arbitrariedad del juzgador. En caso contrario, el Juez se transformaría en legislador y el ciudadano quedaría totalmente inerme frente al poder judicial.[65] La analogía *in bonam partem*, en cambio, es permitida, toda vez que no se opone al sentido de límite garantizador que posee el texto legal, ya que dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley, y no que no pueda ser castigado o eximido de pena si no lo contempla literalmente la ley. Siendo así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio.[66-67]

3.2.3 Analogía, interpretación extensiva e interpretación restrictiva

No debe confundirse la *analogía* con la *interpretación extensiva* de la ley penal. En efecto, mientras la *analogía* supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal, la *interpretación extensiva* consiste en aplicar la ley penal en un

63. Velásquez Velásquez, op. cit., p. 182.

64. Muñoz Conde, op. cit., p. 150.

65. Bustos Ramírez, op. cit., p. 567.

66. Mir Puig, op. cit., p. 125.

67. A favor de esta postura véase, Cury, op. cit., p. 2002; Politoff, op. cit., p. 91; Politoff, Matus y Ramírez p. 100; Garrido Montt, op. cit., p. 93; Bacigalupo, op, cit., p. 129; Mir Puig, op. cit., p. 124-125; Cerezo Mir, op. cit., p. 225; Jescheck y Weigend, op. cit., p. 144; Roxin, op. cit., p. 158 y Velásquez Velásquez, op. cit., p. 207. De otra opinión, Jiménez de Asúa op. cit., p. 524; Etcheberry, op. cit., p. 112-116.

sentido que no desborde o rebase los límites del texto legal. Por lo tanto, la interpretación extensiva es legítima, por cuanto se halla dentro del sentido literal posible del texto legal.[68] El sentido de la ley se expresa en las palabras utilizadas por el legislador. Por ello, las palabras son el material básico de la interpretación, y el "sentido literal posible" es el límite externo de aquélla. Lo que se encuentra más allá de esta frontera es creación jurídica complementadora, es analogía prohibida en contra del reo. En un Estado de Derecho es imprescindible respetar el límite que impone el sentido literal posible, puesto que es el único elemento objetivo verificable que permite reconocer con seguridad dónde comienza la responsabilidad del Juez por su propia creación del Derecho.[69] Al respecto debe tomarse en consideración que en materia de interpretación de la ley, para obtener el sentido profundo de una norma es necesario acudir a los diferentes recursos hermenéuticos en orden sucesivo pero no subsidiario ni excluyente.[70-71] Luego, de acuerdo con el

68. A favor de esta postura véase, Mir Puig, op. cit., p. 124-125; Cerezo Mir, op. cit., p. 254; Jescheck y Weigend, op. cit., p. 168-169; Cury, op. cit., p. 197-198; Jiménez de Asúa op. cit., p. 469 y Roxin, op. cit., p. 149. De otra opinión, Garrido Montt, op. cit., p. 93; Velásquez Velásquez op. cit., p. 207 y Politoff, op. cit., p. 99 (aunque parece existir una confusión terminológica, toda vez que parece atribuir a la interpretación extensiva una amplitud superior a la del tenor literal de la ley, concepción distinta a la defendida en este artículo); Etcheberry, refiriéndose a las reglas de interpretación de la ley contenidas en el Código civil chileno, refiere que: "no todas estas reglas son siempre aplicables a la ley penal, por la particular naturaleza de ésta y la primacía del principio de reserva dentro del Derecho Penal liberal, inspirador de las codificaciones decimonónicas. El propio Bello estimaba que en materia penal era siempre obligatoria la interpretación restrictiva, principio ampliamente admitido en la tradición histórica romano-canónica, pero en pugna con los principios de la Escuela de la Exégesis, particularmente reflejados en esta materia en el artículo 23 del Código Civil", (Etcheberry, op. cit., p. 102-103).

69. Jescheck y Weigend, op. cit., p. 169-170.

70. Cury, op. cit., p. 196.

71. En tal sentido Roxin expresa que: "El legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez. A ese respecto el marco es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica)" (Roxin, op. cit., p. 148-149).

fin de la ley penal, la interpretación puede ser restrictiva o extensiva,[72] ya que el hecho de que en Derecho penal el sentido literal constituya el límite entre la interpretación admisible y la analogía prohibida, no significa que la primera pueda desplazarse hasta la frontera del tenor literal. Repetidas veces la formulación de un tipo penal va más allá del ámbito de aplicación querido por el legislador. En tales casos es misión del intérprete proporcionar efectividad a la *voluntad de la ley* por medio de una *reducción teleológica* adecuada al sentido de la interpretación detenida de un concepto.[73] Luego, una aplicación del Derecho al margen del marco de la regulación legal, o sea, una interpretación que ya no esté cubierta por el sentido literal posible de un precepto penal, constituye una analogía fundamentadora de la pena y, por tanto, es inadmisible.[74]

3.3 *La exigencia de irretroactividad o nullum crimen nulla poena sine lege praevia*

3.3.1 Concepto

No hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley previa.

Se suele acudir al término *irretroactividad*, para referirse a la prohibición de aplicar la ley penal a situaciones acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley penal y a hechos ocurridos con posterioridad al término de su vigencia.[75-76]

72. Roxin, op. cit., p. 148-149.

73. Jescheck y Weigend, op. cit., p. 170- 171.

74. Roxin, op. cit., p. 149.

75. Con razón Oliver Calderón, critica esta situación, toda vez que la expresión parece compatible sólo con la primera de las situaciones aludidas, es decir, con la prohibición de aplicar la ley penal a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley penal, pero no respecto de situaciones ocurridas con posterioridad al término de la vigencia de la ley penal. Por ello, propone como criterio englobante de ambas situaciones, aplicar el aforismo *tempus regit actum* (Oliver Calderón, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 62-63).

76. Otros autores prefieren hablar de principio de extraactividad como criterio englobante. Así, Velásquez Velásquez, señala que: "Como la ley penal rige para el futuro, no puede aplicarse a hechos perpetrados con anterioridad a su entrada en vigor ni, tampoco, una vez derogada; está, en otros términos, prohibido aplicar retro y ultraactivamente la ley penal, a no ser que se trate

3.3.2 *Normativa aplicable*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 9 del Código civil, la ley puede sólo disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo.

A nivel constitucional y en el campo del Derecho penal, la garantía de *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, derivada del principio de legalidad, se encuentra contemplada en el inciso séptimo del artículo 19 número 3.° de la Constitución Política de la República, el cual establece que "ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado".

Confirma con rango legal lo referido por el artículo 19 número 3.° inciso 7.°, el artículo 18 inciso 1.° del Código penal, el cual prescribe que "ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración".

La prohibición de aplicar retroactivamente la ley penal rige sólo respecto del Derecho penal sustantivo, ya que las disposiciones de Derecho procesal penal rigen *in actum*.[77]

Esta proscripción está dirigida tanto al legislador, en la creación de leyes penales, como al juez, en la aplicación de las mismas.

La prohibición de retroactividad tiene diversos alcances. En primer término, prohíbe que un hecho que no era punible en el momento de su comisión sea juzgado por una ley posterior. En segundo lugar, que un hecho que en el momento de su comisión tenga prevista una determinada pena, le sea aplicada otra cualitativamente diferente y más grave contemplada en una ley posterior. En tercer lugar, que un hecho que en el momento de su comisión tenga prevista una determinada cantidad de pena, se le aplique la mayor cantidad prevista en la ley posterior.[78]

Las anteriores consecuencias implican una sujeción del poder estatal a la *lex scripta*, para impedir una justicia arbitraria; asimismo, se limita el máximo permitido de la pena en caso de incurrir en una clara violación de la ley escrita y se evita la imposición de medidas de seguridad indeterminadas que desborden los marcos de racionalidad del Derecho penal.

de favorecer al reo (*principio de la extraactividad de la ley penal*), (*Velásquez Velásquez*, op. cit., p. 203-204).

77. Cury Urzúa, op. cit., p. 227.

78. Bustos Ramírez, op. cit., t. I, p. 567.

3.3.3 *Retroactividad de la ley más favorable*

La prohibición de la retroactividad de la ley penal admite una excepción constituida por el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, referida a la aplicación temporal de la ley penal, la cual no es una concreción del principio de legalidad sino del principio de proporcionalidad, cuyo fundamento se encuentra en una exigencia de congruencia entre la reacción punitiva en el momento de la imposición de la pena y la valoración social del merecimiento y necesidad de pena del delito por cuya comisión se condena.[79]

Dicho principio tiene jerarquía constitucional, toda vez que se encuentra contemplado expresamente en el inciso 7.°, del número 3.° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, antes transcrito.

Complementan el texto constitucional, los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 18 del Código penal, los cuales disponen que:

"Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigorosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades".

3.3.4 *Ley más favorable*

Por supuesto que una nueva ley que exima al hecho de toda pena es una ley más favorable y debe, por tanto aplicarse.

En cambio, cuando una ley posterior rebaja el mínimo del marco penal, pero aumenta el máximo del mismo, o bien cuando aumenta la pena pero reduce el tiempo de prescripción o considera eximentes,

79. Bascuñán Rodríguez, Ámbito temporal de aplicación de la ley penal, en la *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Editorial Legis, número 1, 2004, p. 212.

atenuantes o agravantes que la ley primitiva no consideraba, o cuando establece una pena de distinta naturaleza, o cuando altera la descripción del delito agregándole exigencias que no concurrían en la ley primitiva, el juez debe decidir, teniendo en cuenta todos los factores del caso concreto, cuál es la ley más favorable para el afectado.[80] Sin embargo, debe aplicarse una u otra ley íntegramente, en bloque, no pudiendo el juez mezclar ambas leyes tomando de cada una de ellas sólo aquello que le beneficia al sujeto, ya que con ello estaría creando una *lex tercia o principio de combinación*, que nunca ha sido siquiera promulgada.[81-82]

Ahora bien, aun cuando el artículo 18 del Código penal y el artículo 19 n. 3 inciso 7.°, de la Constitución Política de la República, utilizan la expresión "promulgación", sin embargo, por promulgación debe entenderse entrada en vigencia, lo cual normalmente sucederá con la publicación de la ley. En efecto, a la época de dación del Código penal, regía el texto antiguo del artículo 6 del Código civil, el cual disponía que: "la promulgación deberá hacerse en el periódico oficial; y la fecha de la promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico". Como se aprecia, para la mentada disposición se hacía referencia indistintamente a la promulgación y publicación de la ley. La distinción entre promulgación y publicación fue introducida en el Derecho chileno recién en 1949, mediante la Ley 9400. De aquí que en el contexto de las Constituciones de 1828, 1833 y 1925, el término "promulgación" tampoco tuviera el sentido especifico que actualmente reviste.[83]

Además, conforme al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, la ley penal más desfavorable debe haber entrado en vigor para que sea aplicable, lo cual normalmente ocurrirá con la publicación de la ley, toda vez que es la única manera de asegurar al ciudadano la posibilidad de conocerla y, en tal sentido, de brindarle un cierto grado de seguridad jurídica. A pesar que el Código penal utiliza la expresión *promulgada* para garantizar la irretroactividad de la ley penal, es evidente que el sentido de esa garantía exige atender al momento de entrada en vigencia de la ley, conforme a las reglas generales del sistema. Sostener que la promulgación de la ley penal basta para justificar su aplicabilidad

80. Cury Urzúa, op. cit., p. 227-230.

81. Oliver Calderón, op. cit., p. 59-61; Bascuñán Rodríguez, op. cit., p. 371.

82. De otra opinión, Velásquez Velásquez, op. cit, p. 203-204; Politoff, op. cit., p. 145 y Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal*, parte general, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, 1994, p. 179-180.

83. Bascuñán Rodríguez, op. cit., número 1: 2004, p. 214.

implica una anticipación de la aplicabilidad de la ley a su entrada en vigencia conforme a las reglas generales del sistema. El contexto en que se usa el término en el artículo 19 n. 3 inciso 7.°, de la Constitución Política, es idéntico al contexto del inciso 1° del artículo 18 del Código penal, por lo tanto, también en el contexto constitucional debe entenderse *promulgación* en el sentido antedicho de *obligatoriedad*.

Sería absurdo que la consagración del principio de legalidad en materia penal produjera la disminución del efecto garantístico de las reglas del Código civil sobre la entrada en vigencia de la ley en relación con la irretroactividad de su aplicación. Luego, en el contexto del inciso 1.° del artículo 18 del Código penal "promulgación" no puede significar algo distinto de "obligatoriedad" de la ley en el sentido de los artículos 6 y 7 del Código civil, esto es, su entrada en vigencia como condición de aplicabilidad.

Así las cosas, la misma interpretación debe ser válida respecto de lo referido en los incisos 2.° y 3.° del artículo 18 del Código penal. Por lo tanto, conforme a lo dispuesto en el inciso 2.° del artículo 18 del Código penal, el tribunal debe aplicar la ley penal más favorable, desde su entrada en vigencia, lo cual ocurrirá por regla general, con la publicación de la ley.

Por su parte, conforme a lo prevenido en los actuales incisos 3.° y 4.° del mismo artículo, debe prevalecer la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable incluso frente a la cosa juzgada, por lo cual, los condenados deben ser favorecidos por el cambio legal.[84]

En efecto, de acuerdo con el inciso 3.° del artículo 18 del Código penal, si la ley que exime al hecho de toda pena o le aplica una menos rigurosa, entra en vigencia después de ejecutoriada la sentencia (es decir, respecto de la cual no existe recurso pendiente ni es posible interponer recurso alguno, salvo el de revisión) sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que la hubiere pronunciado, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte. La verdad es que el efecto extensivo que propone esta norma es desmesurado, razón por la cual se ha propuesto por la doctrina, limitarlo a aquellos casos en los cuales la sentencia ejecutoriada está produciendo algún efecto.[85]

84. Bascuñán Rodríguez, Ámbito temporal de aplicación de la ley penal, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Editorial Legis, número 2: 2005, p. 361-362.

85. En este sentido, Cury Urzúa, op. cit., p. 230-240; Etcheberry, op. cit., t. I, p. 145-146 y Politoff, Matus y Ramírez, op. cit, p. 132.

Conforme al inciso 4.°, del artículo 18 del Código penal, la aplicación del principio de retroactividad de la ley más favorable, no afecta a las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que dice relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades. En el término indemnizaciones quedan comprendidas las restituciones, algunos autores incluyen además las costas.[86] No quedan comprendidas las multas, que tienen carácter punitivo y no de restauración en el ámbito civil. No se entiende que se excluya a las *inhabilidades* del beneficio de la aplicación de la ley más favorable, pero en todo caso, la doctrina tiende a restringir el término a ciertas consecuencias civiles y administrativas que algunas condenas llevan consigo[87] y cuestiona la constitucionalidad de dicha limitación.[88]

3.3.5 Ley intermedia

Es aquella ley que ha entrado en vigencia después de ejecutado el hecho y que es más benigna que la que estaba vigente al momento de cometerse el delito, pero que ha cesado de regir antes de que se pronuncie la sentencia de término, puesto que ha sido reemplazada por una tercera ley.[89]

La ley intermedia debe ser aplicada toda vez que habiéndose producido con la ley intermedia un cambio legislativo favorable, la eventualidad de un cambio posterior a la entrada en vigencia de la ley intermedia, no puede perjudicar al acusado, por cuanto ya se había consolidado el estatus legal más favorable con la entrada en vigencia de la ley más favorable[90-91] y la falta de prolijidad o de coherencia del legislador no pueden correr por cuenta del acusado. Si bien el principio de aplicación de la ley más favorable se afinca en la prohibición de exceso, es indudable que los vaivenes legislativos afectan la base del *principio de legalidad* en su conjunto, esto es la *seguridad jurídica*, de tal suerte

86. Cury Urzúa, op. cit., p. 231.
87. Etcheberry, op. cit., p. 147; Politoff, Matus y Ramírez, op. cit., p. 132 y Cury Urzúa, op. cit., p. 231.
88. Politoff, Matus y Ramírez, op. cit., p. 132 y Politoff, op. cit., p. 143.
89. Oliver Calderón, op. cit., p. 419 y Mir Puig, op. cit., p. 122.
90. En este sentido, Bascuñán Rodríguez, justifica su posición favorable en una consideración de imparcialidad como principio procedimental, propio del Estado de Derecho (Bascuñán Rodríguez, op. cit., p. 212-213).
91. En el mismo sentido Roxin, op. cit., p. 167.

que no es la prohibición de exceso, sino la inseguridad jurídica derivada de los vaivenes legislativos lo que fundamenta la aplicación de la ley intermedia más favorable, por cuanto no se puede imponer al ciudadano la carga de soportar la indecisión o los errores del legislador.[92] Además, al aplicar la ley intermedia más favorable, no se está afectando en caso alguno la prohibición de exceso, toda vez que no debe olvidarse que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, entendido como un principio constitucional que limita la prevención, cumple una función de garantía del ciudadano en tanto se opone a ser vulnerado hacia arriba, pero que no se vulnera por el hecho de que la pena se *disminuya* por debajo de la proporcionalidad, es decir, constituye un límite máximo y no un límite mínimo de la sanción penal.[93] De otro lado, puede ser que por causas independientes a la voluntad del enjuiciado, el proceso penal se demore más de la cuenta, de manera tal que al momento de dictar sentencia, ya no se encuentre vigente la ley intermedia,[94] ¿debe pagar el acusado los costes de la demora del sistema penal?. Parece que la respuesta debe ser negativa.[95]

3.3.6 Leyes transitorias: ley temporal y ley excepcional

Las *leyes transitorias* son aquellas que fijan su propia duración, indicando cuando cesará de regir. Son leyes transitorias las *leyes temporales* y las *leyes excepcionales*.

Son *leyes temporales* aquellas que se dictan para que rija durante un determinado periodo de tiempo que la misma ley indica. En cambio, son *leyes excepcionales* aquellas que mantienen su vigencia mientras subsistan las circunstancias que motivaron su publicación. Desaparecida la situación excepcional, pierde su vigor la ley más severa y recobra su imperio la legislación común, recuperando la conducta su carácter lícito

92. No nos olvidemos de que al tratar el fundamento político del principio de legalidad dijimos que el *nullum crimen* expresa, en primer lugar, la reacción ilustrada contra el *ius incertum* contra la *inseguridad jurídica* y la *arbitrariedad* del viejo régimen, reclamando claridad, certeza y límites precisos a la intervención punitiva del Estado.

93. Aguado Correa, *El Principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Editorial Edersa, Madrid, 1999, p. 321; Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Editorial B de F, 2003, p. 92 y Silva Sánchez, op. cit., p. 259.

94. En el mismo sentido Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., p. 122-123.

95. De otra opinión, Oliver Calderón, op. cit., p. 419-428.

o su penalidad más atenuada. Si el hecho se comete durante la vigencia de la ley transitoria, pero la sentencia se dicta cuando la legislación común ha recuperado su vigor ¿Qué ley debe aplicarse?

Si la sentencia se dicta cuando ha recuperado su vigencia la ley original más favorable, debe aplicarse esta ley y no la ley excepcional o la temporal y si ya existía una condena, deberá modificarse, aplicándose, de esta forma la ley más favorable. Lo anterior, pese a que en la especie no existe promulgación, toda vez que en verdad lo que ocurre es que la ley antigua ha recuperado su vigencia y al aproximarse las fechas en que cesarán de regir las leyes temporales o excepcionales muchos de los criterios que se tuvieron en vista para establecer esas reglas, ya no existen o ya no son percibidos como correctos por la ciudadanía.[96]-[97]

Lo anterior no implica que las personas se inclinen a cometer estos delitos confiados en la promesa de impunidad, porque en gran medida es desconocida por la población la recuperación de la vigencia de la ley antigua.

3.3.7 Carácter obligatorio de la ley penal más favorable

Conforme a lo dispuesto en el inciso 3.°, del artículo 18 del Código penal, que obliga a modificar de oficio la sentencia pronunciada en caso de promulgarse una ley más benigna, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable es imperativa para el juez.

3.4 La exigencia de taxatividad y de certeza o nullum crimen nulla poena sine lege certa

No hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad, sin ley cierta.

96. Al respecto, Politoff cita una situación ocurrida en Alemania luego de finalizada la guerra señalando que: "En el mes de mayo de 1945, en los días que siguieron a la capitulación incondicional de las tropas alemanas, que puso fin a la Segunda Guerra Mundial, los tribunales de guerra *siguieron dictando condenas a muerte por deserción* y los *condenados fueron fusilados* cuando la guerra ya había terminado. En uno de los fallos se lee: "Los acusados actuaron con la intención de sustraerse a sus deberes respecto del ejército. Un hombre que se decidió a abandonar a sus valientes camaradas y a su patria en el momento del mayor peligro y del más negro futuro merece, sin más la muerte..." (Politoff, op. cit., p. 150).

97. A favor Politoff, op. cit., p. 147-151 y Politoff, Matus y Ramírez, op. cit., p. 135-136. En contra Cury, op. cit., p. 232 233.

Conforme a la exigencia de certeza o de determinación, tanto las conductas mandadas o prohibidas por la ley penal (supuesto de hecho) como las consecuencias jurídicas derivadas de ellas (penas o medidas de seguridad), deben estar contempladas en forma clara, precisa y determinada en la ley penal, para que no haya dudas sobre su alcance y contenido. Por lo tanto, el lenguaje con que describir las conductas punibles debe ser asequible al nivel cultural medio de los ciudadanos, debiendo privilegiar el uso de elementos descriptivos, toda vez que los elementos normativos al requerir una valoración del juzgador implican un cierto grado de indeterminación y de subjetivismo.

Dicha prohibición se encuentra dirigida al legislador, en orden a no redactar las normas penales de manera indeterminada. Con ella se rechazan las llamadas "cláusulas generales" y las inconstitucionales "leyes penales en blanco".

Este mandato rige no sólo para la conducta por punir, sino también para la consecuencia derivada del hecho, de manera que también la sanción penal debe estar establecida con precisión en la ley penal, la cual debe indicar su naturaleza y duración. También rige este principio tratándose de las medidas de seguridad; sin embargo en Chile esta materia se encuentra regulada de manera reglamentaria, infringiéndose con ello el principio de legalidad. En todo caso debe señalarse que conforme a este principio las medidas de seguridad, no podrían tener duración indefinida, impuestas mediante el sistema de la sentencia indeterminada; sino que la imposición de las mismas debe tener un límite preciso de duración, sin sujetarla a términos mínimos, pudiendo ordenarse su cese cuando se constate la improcedencia de su aplicación.

3.4.1 Casos de indeterminación

El principio de taxatividad y, por lo tanto, la seguridad jurídica, puede vulnerarse por la indeterminación, sea del supuesto de hecho, sea de la consecuencia jurídica.

3.4.1.1 Casos de indeterminación del supuesto de hecho

3.4.1.1.1 Los tipos abiertos – Son aquellos en los cuales el supuesto de hecho no delimita claramente la conducta incriminada y la complementación la hace el juez. Al no contener todos los elementos de la figura penal, no individualizan el comportamiento mandado o prohibido, no existiendo una guía objetiva que complete el tipo y resultando impo-

sible distinguir entre lo que es permitido y lo que no lo es.[98] En estos casos, la complementación no se realiza mediante una norma de inferior categoría como sucede en las leyes penales en blanco, sino a través de la jurisprudencia. Así por ejemplo, el artículo 490 del Código penal, habla de "imprudencia temeraria" sin definir qué debe entenderse por dicha expresión y dejando a la doctrina científica y la jurisprudencia la tarea de especificar los límites del tipo, esto es, en qué consiste en cada caso la imprudencia temeraria. Si bien ningún tipo penal es absolutamente cerrado, de manera que el juez siempre tiene una labor de complementación, el tipo legal ha de contener el núcleo fundamental de la materia de la prohibición. El juez sólo complementa. El tipo no puede ser tan abierto que su aplicación o no, dependa arbitrariamente del juez.[99]

3.4.1.1.2 Las cláusulas generales – Son fórmulas excesivamente amplias, globales o extensivas, de manera que el tipo penal pueden contener cualquier comportamiento, no siendo posible determinar lo que se quiere regular dada la vaguedad de las expresiones utilizadas, quedando una especie de "portillo abierto" por el que se cuelan diversas conductas que se pueden o no reprimir, a criterio de quienes manejen las clavijas del poder.[100] En ellos las conceptualizaciones jurídicas están en el extremo de la abstracción terminológica, de manera que permiten hacer referencia sintética a un amplio número de casos.[101] A diferencia del casuismo, las cláusulas generales son preferibles desde el punto de vista científico y sistemático, ya que suponen un alto grado de abstracción y presentan pocas lagunas. Pero tienen el peligro de la indeterminación y pueden lesionar el principio de legalidad. Ello sucede cuando al describir la acción se utilizan expresiones como: "de cualquier modo", o bien se hace referencia a conceptos tan poco precisos como el "pudor o las buenas costumbres", las cuales dejan al arbitrio del juzgador la determinación de qué es efectivamente lo que se prohíbe. Se corre así el peligro de que éste rellene tales conceptos de acuerdo con sus propias convicciones morales que muy bien pudieran no coincidir con las dominantes en la sociedad.[102]

98. Velázquez Velázquez, op. cit., p. 191-192.
99. Bustos y Hormazábal, *Lecciones de Derecho penal*, Editorial Trota, 1997. vol. 1, p. 92-93.
100. Velázquez Velázquez, op. cit., p. 191.
101. Ossandón Widow, *La formulación de tipos penales*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009, p. 113.
102. Muñoz Conde, op. cit., p. 157-158.

3.4.1.1.3 El empleo excesivo de elementos normativos – Se trata de casos en los cuales se deja librada a la voluntad del juez la determinación del tipo penal a consecuencia del empleo excesivo de elementos de difícil precisión, como "pequeñas cantidades", "parsimonia", "lentitud", dado que cualquier comportamiento puede acomodarse dentro de tal regulación. A veces, el empleo de estos elementos resulta inevitable, ya que el lenguaje no puede describir "completamente" las figuras punibles. Por lo tanto, lo que se cuestiona es *el abuso* del uso de los elementos normativos[103] y no su empleo o utilización.[104]

3.4.1.1.4 Las leyes penales en blanco – Se observa en aquellas disposiciones en las cuales esta precisada la sanción, pero el precepto a que se asocia esa consecuencia no está formulado más que como prohibición genérica, que debe ser definido por una ley presente o futura, por un reglamento, o incluso por una orden de autoridad. El peligro de esta técnica legislativa no radica tanto en su uso, sino en el hecho de que la remisión legislativa sea a veces inexistente o, si acaso se hace, sea muy controvertida o de bastante difícil precisión. El uso o abuso en el empleo de este procedimiento técnico-legislativo dificulta, no solo porque se remite a otros sectores del ordenamiento jurídico, sino también porque el alcance y contenido de la norma penal es diferente del de otras normas jurídicas, y se crea una desarmonía que poco ayuda a la certeza y a la seguridad jurídica.[105]

3.4.1.2 Casos de indeterminación de la consecuencia jurídica

Se trata de casos de ausencia de taxatividad de penas o de medidas de seguridad.

3.4.1.2.1 La indeterminación en la duración – Consiste en que la norma no señala el límite temporal de la sanción, no precisa su tiempo de permanencia. Por ejemplo, si la norma dijera que la conducta X será sancionada con pena de prisión, sin especificar cuál es la duración de ese castigo o bien cuando se señala la clase de pena y no se indica su duración concreta, como sucedería, por ejemplo, con la expresión: "prisión de seis a doce", sin indicar si son minutos, horas, días o años. También

103. Ello favorece la pulsión del poder punitivo y es una característica del Derecho penal autoritario (Zaffaroni, op. cit., p. 461-462).

104. Al respecto, ver Velázquez Velázquez, op. cit., p. 193-194.

105. Al respecto, ver Velázquez Velázquez, op. cit., p. 194.

ocurre esto cuando en materia de medidas de seguridad se prevé normas penales sin estipular su duración, con lo que se tornan más gravosas y aflictivas que las mismas penas, máxime que se imponen sin atender a la entidad del hecho realizado por el agente.[106]

Una forma velada de infringir el principio de taxatividad consiste en establecer una diferencia tan considerable entre el mínimo y el máximo de la pena en abstracto, que en definitiva el justiciable queda sujeto al arbitrio judicial. Así sucede en varios casos del Código penal chileno, en los cuales se señala que la pena a imponer es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, siendo en tal situación la diferencia entre el mínimo y el máximo de la sanción a imponer de casi quince años.

3.4.1.2.2 La indeterminación de la clase de consecuencia – Consiste en que el legislador no precisa el tipo de sanción por imponer. La ley penal no sólo debe determinar si la sanción impuesta es pena o medida de seguridad, sino que debe además indicar, qué subclase dentro de cada una de ellas se impone al trasgresor de la norma jurídica.

3.4.1.2.3 La ausencia absoluta de consecuencia – Se produce cuando la ley no señala la sanción a imponer a quien realice la infracción a la ley penal; lo mismo sucede si ella se deja librada al juzgador, para que éste la fije en cada caso concreto. Por ejemplo, si la nueva ley dijese: "queda derogada la pena de presidio", y aparecieran diversos supuestos de hecho que no fueron suprimidos y que traían aparejada tal consecuencia a título de sanción. La segunda hipótesis se presenta cuando la disposición legal deja librado al arbitrio del juzgador el señalamiento de la sanción correspondiente, como si se dijese: "será sometido a la consecuencia jurídica que el juez determine" o "será acreedor a una sanción".[107]

3.4.1.2.4 La indeterminación de la cuantía de la sanción – Se produce cuando la ley no señala límite alguno de la cuantía de la pena por imponer. Por ejemplo: "Se impondrá multa por el valor de lo apropiado" o se consignase que ella se impondrá sin prever ningún sistema de determinación en la Parte general del Código penal. También cuantías de sanciones exageradas arrasan con este postulado.

106. Al respecto, ver Velázquez Velázquez, op. cit., p. 194.

107. Al respecto, ver Velázquez Velázquez, op. cit., p. 196.

3.4.1.2.5 Las cláusulas de equivalencia – Consiste en que el legislador, prevé mecanismos para que los aplicadores de justicia completen los elementos del supuesto de hecho por la vía judicial, con base en fórmulas que acogen conceptos de diversa índole, como es frecuente en los Códigos penales modernos, cuando se regulan los delitos de omisión o los delitos culposos, que se castigan de manera general con la pretensión de salvaguardar el principio de legalidad con base en tales "cláusulas".

4. Reformas al Código penal chileno en los últimos años

La primera característica que salta a la vista en las reformas al Código penal chileno es su abrumadora cantidad. Por desgracia nuestro legislador ha sido muy poco acucioso pero sumamente creativo en materia penal, siendo más de veinte las leyes que han introducido modificaciones al cuerpo punitivo, sin contar las numerosas leyes especiales que incorporan figuras delictivas de dudosa procedencia y con una cuestionable técnica legislativa en lo que al principio de legalidad respecta.

La Ley 19.806 publicada el día 31 de mayo de 2002, estableció normas adecuatorias del sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal, eliminó del inciso 3.°, del artículo 18 del Código penal, el trámite de la consulta, propio del anterior sistema inquisitivo, consistente en la obligación que pesaba sobre los jueces de primera instancia, de enviar los expedientes a la Corte de Apelaciones, para la revisión de su resolución. Así, actualmente, si una ley posterior más favorable entra en vigencia y el tribunal modifica la sentencia dictada al efecto, adecuándola al nuevo tenor, no tiene la obligación de enviar de oficio dicha sentencia a la Corte de Apelaciones para su revisión. Además, dicha ley crea en el artículo 269 ter, el delito de obstrucción a la justicia cometido por un fiscal o el asistente de fiscal del Ministerio Público, según la modificación establecida por la Ley 20.074. Dicha figura establece un delito de infracción de deber institucional que pesa sobre los funcionarios públicos referidos en la norma, sancionándolos cuando a sabiendas, esto es, con dolo directo, ocultaren, alteraren o destruyeren cualquier antecedente, objeto o documento que permita establecer la existencia o inexistencia de un delito, la participación punible en él de alguna persona o su inocencia, o que pueda servir para la determinación de la pena.[108] Lo llamativo de esta

108. Al respecto, ver Rodríguez y Ossandón, *Delitos contra la función pública*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2. ed., 2008, p. 296-302.

figura es la penalidad, la cual si bien se encuentra claramente establecida y es mayor a la señalada en el artículo 269 bis, respecto del particular que lleva a cabo la misma conducta, crea una diferencia considerable entre el mínimo de la pena y el máximo de la misma, implicando dicha situación un alto grado de indeterminación y, por ende, de inseguridad jurídica. En efecto, la pena asociada a este delito es la de presidio menor en cualquiera de sus grados, sanción que va desde los 61 días hasta los 5 años, además de la pena accesoria consistente en la de inhabilitación especial perpetua para el cargo. Ante tal escenario, no cabe más que apelar a la prudencia de los jueces en la determinación de una pena proporcional en consideración a la antijuridicidad del hecho y a la reprochabilidad del sujeto.

La Ley 19.927, publicada el día 14 de enero de 2004, modificó el Código penal, fundamentalmente en materia de delitos de pornografía infantil. Sin embargo, desmesuradas y de importancia resultaron otras modificaciones introducidas al Código penal. Así, el delito de violación, contemplado en el artículo 361, pasó de tener asignada una pena de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años) a presidio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a diez años) a la escalofriante pena que ahora es de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años) a presidio mayor en su grado medio (10 años y un día a 15 años). Como puede apreciarse 10 años separan el mínimo de la pena del máximo de la misma, implicando dicha situación un alto grado de indeterminación y, por ende, de inseguridad jurídica.[109] Lo mismo puede decirse respecto del delito de estupro contemplado en el artículo 363 del Código penal, el cual tenía asignada una pena de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) a presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años) y ahora tiene una pena de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años) a presidio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a diez años), es decir, casi siete años separan hoy el mínimo del máximo de la pena. Por su importancia teórica y práctica dejaremos para después el análisis del artículo 365 bis introducido al Código penal por la ley en comento. No más alentadora fue la modificación del artículo 366 bis, cuyo texto original imponía al que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una

109. En España el artículo 179 del Código penal, sanciona el delito de violación con una pena bastante más determinada, que va desde los seis a los doce años.

persona menor de *doce años*, una pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) cuando no concurrían las circunstancias enumeradas en los artículos 361 (violación) o 363 (estupro) y si concurría alguna de esas circunstancias, la pena era de reclusión menor en sus grados medio a máximo (541 días a 5 años). El actual 366 bis en cambio, sanciona al que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de *catorce años*, con la pena de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años) a presidio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a diez años), es decir casi siete años separan hoy el mínimo del máximo de la pena. El artículo 366 quáter, que regula la exposición del menor a actos de significación sexual, podría en el inciso 1.° producir un problema de certeza y de analogía, al sancionar al que sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar *material pornográfico* o la determinare a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, con una pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados. En efecto, pese a que la norma no define qué debe entenderse por *material pornográfico*, la doctrina no ha tenido inconveniente para entender aplicable la definición contenida en el artículo 366 quinquies que sanciona la producción de material pornográfico con participación de menores, aun cuando este artículo dice expresamente que tal definición se encuentra efectuada para los efectos de esta disposición y del artículo 374 bis, el cual castiga la posesión y comercialización de dicho material. En efecto, el artículo 366 quinquies define material pornográfico como toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales. En el mismo sentido, la doctrina sostiene que por material pornográfico, debe entenderse ciertos objetos, elementos o manifestaciones visuales o auditivos de grosera naturaleza libidinosa, lo que se conoce habitualmente como "sexo explícito", esto es, la exposición de los genitales masculinos o femeninos durante la actividad sexual, desprovisto de valor artístico, literario, científico o educativo.[110] Si bien me parece aplicable el concepto del artículo 366 quinquies dado que se

110. Garrido Montt, *Derecho penal*, parte especial, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 412-413 y Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, op. cit., p. 280-281.

encuentra redactado en el mismo contexto del artículo 366 quáter, legislativamente debe modificarse la normativa de manera de hacer explícita tal referencia. Luego, en cuanto al delito de favorecimiento de la prostitución contenido en el artículo 367 del Código penal, la ley en comento vino a quitarle el carácter de delito habitual, para considerar dicha característica como una causal de agravación de la pena. Así, la redacción del actual artículo 367 castiga al que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, estableciendo una pena de presidio menor en su grado máximo. Conforme a lo referido en el inciso 2.° de la mentada disposición si concurriere *habitualidad*, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales. La penalidad asociada a la habitualidad, además de exorbitante y desproporcionada, introduce un claro sesgo de incertidumbre, toda vez que son casi 15 años los que separan el mínimo de la pena del máximo de la misma, afectándose con ello el principio de taxatividad. La misma penalidad tiene la modalidad agravada del delito de tráfico de personas o trata de blancas. En efecto, el inciso 1.°, del artículo 367 bis del Código penal, castiga al que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales. En tanto, que el inciso 2.° castiga dicha conducta con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados (5 años y un día a 20 años) y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales, en los siguientes casos: 1.– Si la víctima es menor de edad; 2.– Si se ejerce violencia o intimidación; 3.– Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza; 4.– Si el autor fuere ascendiente, descendiente; cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima; 5.– Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima; 6.– Si existe habitualidad en la conducta del agente. A continuación, dicha ley incorporó una nueva modalidad de favorecimiento de la prostitución regulada en el artículo 367 ter, el cual castiga al que, a cambio de dinero u *otras prestaciones de cualquier naturaleza*, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, con una pena de presidio menor en su grado máximo. Si bien el elemento normativo "prestaciones de cualquier naturaleza" resulta altamente indeterminado, la doctrina entiende que ellas han de ser apreciables en dinero, a menos que se llegue al extremo de

considerar punible el amor, la amistad, o el simple disfrute mutuo de la sexualidad con personas mayores de catorce años, sentimientos y actividades que evidentemente suponen las prestaciones de tiempo, compañía, afecto y cuidados propios del darse a sí mismo recíprocamente.[111] En todo caso, resulta aconsejable mejorar dicha redacción en pro del principio de taxatividad. Un verdadero atropello al principio de taxatividad se encuentra en el tipo penal de posesión y comercialización de material pornográfico, regulado en los artículos 374 bis y 374 ter incorporados por la ley en comento. En efecto, el artículo 374 bis castiga al que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, con una pena de presidio menor en su grado medio a máximo y, en su inciso 2.°, sanciona al que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, con la pena de presidio menor en su grado medio. Como se aprecia la redacción de estos artículos se encuentra hecha al más puro estilo del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, estableciendo un tipo penal de emprendimiento, en el cual se sancionan con la misma pena de un acto principal, actos meramente preparatorios y de participación criminal. Además, se establece un delito de posesión de objetos declarados ilícitos con lo cual queda de manifiesto que lo que se sanciona con esta clase de delitos no es sino la moralidad pública y el ejercicio desviado de la sexualidad.[112] Así las cosas, ante tan excesivo e incontenible casuismo y frente a descripciones tan amplias como inciertas, no podemos sino concluir que en la especie nos encontramos ante un tipo penal abierto y altamente indeterminado, cuestión que erosiona en extremo el principio de legalidad.

La Ley 20.084, publicada el día 31 de agosto de 2005, modificó el Código penal y el Código de justicia militar en materia de desacato. La nueva ley eliminó del Código penal toda referencia al delito de desacato, suprimiendo esa expresión del epígrafe del Párrafo 1.° del Título VI del Código penal, que queda simplemente como "Atentados contra la autoridad". Se deroga el artículo 263, que castigaba al que de hecho o de

111. Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, cit., p. 285.

112. Oliver Calderón, Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto falta, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, 2005, primer semestre, p. 297.

palabra injuriare gravemente a quienes personifican los tres poderes del Estado (Presidente de la República, Diputados y Senadores y miembros de los Tribunales Superiores de Justicia). Se reformula completamente el art. 264 del Código penal en la siguiente forma: "El que amenace durante las sesiones de los cuerpos colegisladores o en las audiencias de los tribunales de justicia a algún diputado o senador o a un miembro de dichos tribunales, o a un senador o diputado por las opiniones manifestadas en el Congreso, o a un miembro de un tribunal de justicia por los fallos que hubiere pronunciado o a los ministros de Estado *u otra autoridad* en el ejercicio de sus cargos, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados. El que perturbe gravemente el orden de las sesiones de los cuerpos colegisladores o de las audiencias de los tribunales de justicia, u ocasionare tumulto o exaltare al desorden en el despacho de una autoridad o corporación pública hasta el punto de impedir sus actos, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, o sólo esta última". Además, se elimina toda referencia al *desacato*, de manera que el delito allí previsto pasa a ser una nueva modalidad de atentado en contra de la autoridad, cometido mediante amenazas, cualquiera que sea su gravedad,[113] en contra de: a) Diputados o Senadores durante las sesiones de los cuerpos colegisladores o por las opiniones que hayan manifestado en el Congreso; b) miembros de los Tribunales de Justicia durante las audiencias o en razón de los fallos que hayan pronunciado, y c) Ministros de Estado u otra autoridad en el ejercicio de sus cargos. Sin embargo, el legislador desperdició la ocasión de definir qué se debe entender por *autoridad*, elemento normativo altamente indeterminado que provocó serios problemas interpretativos relativos al principio de legalidad, cuando en su oportunidad se discutió jurisprudencialmente si los fiscales del Ministerio Público detentaban o no esta calidad, al punto de que la Fiscalía Nacional debió encargar al ilustre constitucionalista Alejandro Silva Bascuñán la realización de un informe en Derecho en el cual concluye de manera afirmativa la pregunta formulada, argumentando que un fiscal del Ministerio Público es autoridad para los efectos del antiguo artículo 264 del Código penal, pues si bien esta institución no integra el Poder Judicial, sí participa de la administración de justicia

113. Esta es otra diferencia con respecto a la antigua normativa, puesto que el artículo 265 castigaba con mayor pena las injurias o amenazas graves que las leves.

en cuanto tiene a su cargo la dirección exclusiva la investigación de los delitos, función que anteriormente se le encomendaba al Juez del Crimen. Este mandato se consagra con rango constitucional, reconociendo la Carta fundamental a esta entidad la categoría de organismo autónomo y jerarquizado. Se trata, según este profesor, de una de las autoridades que comparten el ejercicio de la soberanía de acuerdo lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política.[114] La anterior discusión demuestra la necesidad de que el legislador, en respeto por el principio de taxatividad, evite recurrir de manera abusiva al empleo de elementos normativos altamente indeterminados, porque de lo contrario es el juez quien termina complementando, según su propio criterio la función legislativa.

La Ley 20.088, de fecha 05 de enero de 2006, establece como obligatoria la declaración la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen la función pública, sin embargo, creó una deplorable figura penal de enriquecimiento ilícito en el artículo 241 bis, el cual prescribe que: "El empleado público que durante el ejercicio de su cargo *obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado*, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio. Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito. La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público. Si el proceso penal se inicia por denuncia o querella y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código". Con ello el legislador estableció un "delito de sospecha", basado en la suposición

114. Al respecto ver Boletín de jurisprudencia, Ministerio Público, n. 13, noviembre de 2002, p. 161 y ss., disponible en www.minpublico.cl, página visitada el día 07 de enero de 2010.

de que el enriquecimiento se debe a algún delito ministerial, como lo pone de manifiesto la cláusula del inciso 2.°, del artículo 241 bis, ya que si se demuestra que el enriquecimiento es producto de un delito del respectivo título, debe aplicarse ese tipo penal y no el del artículo 241 bis. Como el incremento patrimonial de un funcionario público puede deberse a una multiplicidad de conductas, existe en la especie una falta de determinación de los delitos de cuya comisión se sospecha y por lo tanto, hay una *sospecha indeterminada*. Además, como es el Ministerio Publico quien debe probar el "enriquecimiento injustificado", tiene que demostrar la ausencia de toda posible justificación, lo cual obliga a demostrar el origen ilícito del incremento patrimonial, lo que torna en inoficiosa la norma, ya que de lograr demostrar el origen ilícito, ha de aplicarse la figura penal que lo generó y no la del artículo 241 bis del Código penal. Además, dicha figura infringe el mandato constitucional de taxatividad de la ley penal, contemplado en el artículo 19 n. 3, inciso octavo, de la Constitución Política de la República, en atención al cual el legislador, al tipificar un delito, debe señalar una conducta a cuya realización se supedita la imposición de una pena y, además, debe describir dicho comportamiento con precisión. Sin embargo, la expresión "obtener un incremento patrimonial", no es una conducta, sino un resultado, con lo cual necesario es concluir, que esta norma penal no contiene conducta alguna y, por lo tanto, no sólo es inconstitucional, sino que además es una infracción flagrante al principio de legalidad.[115]

La Ley 20.253, de fecha 14 de marzo de 2008, modificó el Código penal y el Código procesal penal, en materia de seguridad ciudadana, y reforzó las atribuciones preventivas de las policías. En lo que al Código penal se refiere, la denominada "Ley de Agenda Corta", endurece la aplicación de las circunstancias agravantes de reincidencia propia, las cuales ya no exigen para su concurrencia del *cumplimiento material efectivo de la pena precedentemente impuesta*, de modo que en los casos de remisión condicional de la pena u otra medida alternativa al cumplimiento de las penas privativas de la libertad, en los cuales los tribunales estimaban que no concurría la agravante por estimar que el cumplimiento o ejecución de la pena se encontraba suspendido, ahora procede aplicar la agravante por el hecho de que el sujeto activo hubiere sido condenado por sentencia firme y ejecutoriada a la fecha de comisión del nuevo hecho que se juzga. Ello trajo aparejado el problema práctico consistente en que

115. Al respecto ver Rodríguez y Ossandón, op. cit., p. 435-441.

si el sujeto había sido condenado por haber cometido un delito con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.253, pero no ha cumplido la pena y luego bajo el imperio de esta ley vuelve a cometer un delito de la misma especie que aquel por el cual ya estaba condenado, se discute en los tribunales si cabe o no aplicar la circunstancia de la reincidencia específica del artículo 12 número 16. En efecto, se sostiene por un sector que para que sea aplicable el estatuto más riguroso que impone la Ley 20.253, ambos delitos deberían haber sido cometidos bajo el imperio de la nueva ley. No comparto esta posición, toda vez que si se considera que el principio de la irretroactividad se fundamenta en la seguridad jurídica, resulta que a la época de comisión del segundo delito, ya estaba vigente la Ley 20.253 y por lo tanto, al alcance de todos los ciudadanos, razón por la cual no sólo debe aplicarse la agravante, sino que no existe con ello infracción alguna al principio de legalidad.

5. Posición de la doctrina y de la jurisprudencia frente a cuatro casos de reformas efectuadas en los últimos diez años al Código Penal chileno en que se han discutido problemas relativos al principio de legalidad

5.1 Primer caso: Abuso sexual agravado del artículo 365 bis

Mención aparte merece el artículo 365 bis introducido por la ley en comento, el cual regula una figura de abuso sexual agravado y cuya redacción de la conducta incriminada ha suscitado enormes problemas en lo que al principio de legalidad se refiere. En efecto, dicho artículo dispone que: "Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada...". El problema consiste en que pese a que en Chile es político criminalmente frecuente en esta clase de delitos, que la conducta abusiva consista en la introducción de los dedos fundamentalmente en la vagina de la afectada, nuestro legislador sólo hizo una alusión a la introducción de objetos, dejando a fuera la conducta antes referida, con absoluto desprecio por el principio de la realidad social.

5.1.1 Posición de la jurisprudencia

No obstante lo anterior, la jurisprudencia mayoritaria no ha tenido inconveniente alguno para incluir dentro del término objeto a los dedos. En efecto, se argumenta que de la simple lectura de la norma legal aparece de manifiesto que ésta se refiere a objetos, palabra que en

su sentido natural y obvio significa: "Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo" (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española). Sin embargo, al concluir dicha definición incorporando al concepto de objeto al propio sujeto, se dice que dicho concepto dejaría al vocablo indeterminado o impreciso, lo que constituiría –en los términos del artículo 19 del Código Civil– una expresión obscura de la ley. De esta manera, siguiendo dicho texto legal, no sólo se podría, sino que se debería, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento y, en tal sentido, se dice, que si se revisa la historia de la ley, se observa que en la discusión del proyecto que finalmente se transformaría en la Ley n. 19.617, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado dejo constancia, que el concepto de introducción de objeto de cualquier índole en los conductos vaginales o anales es comprensivo de la utilización de animales para ese efecto, así como cualquier parte del cuerpo humano distinta del órgano sexual masculino, por ejemplo, una mano (Boletín n. 2906-07, Primera Sesión de la 350 Legislatura extraordinaria, página 39) y se agrega que existiendo un antecedente preciso acerca del alcance del concepto de objeto, no cabe sino finalizar la tarea de interpretación de la ley concluyendo –por mandato expreso del legislador– que el vocablo antes señalado y que es utilizado en el artículo 365 bis del Código penal, incluye los miembros corporales humanos.[116]

5.1.2 Posición personal y de la doctrina mayoritaria

5.1.2.1 Delito de medios determinados

Que siendo el tipo contemplado en el artículo 365 bis, un *delito de forma vinculada o de medios legalmente determinados*, esto es, de aquellos en los cuales la clase de actividad a través de la cual debe llevarse a cabo el tipo penal, ha sido descrita por el legislador,[117] para resolver si en la especie nos encontramos ante un abuso sexual simple o calificado, debemos determinar si el término *objetos* utilizado por el texto del artículo 365 bis del Código penal, comprende a los *dedos* de las manos.

116. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 29 de diciembre de 2008, rol número 2225-2008 y Sentencia de la Corte Suprema ,de fecha 08 de julio de 2008, rol número 2903-2008.

117. Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho penal*, parte general, Valencia, 1996, p. 409.

5.1.2.2 Uso corriente no equivale al significado que la Real Academia de la Lengua le da a los términos

A mi juicio, la jurisprudencia mayoritaria incurre en un error al sostener que el uso corriente de las palabras coincide con las definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Si bien una opinión muy difundida en la jurisprudencia nacional, sostiene que el sentido natural y obvio corresponde a las definiciones que proporciona el citado diccionario, dicho punto de vista resulta equivocado, ya que difícilmente sería posible sustentar que los significados más populares coincidan con las a veces alambicadas y otras anquilosadas definiciones de dicho diccionario. Además, resulta dudoso que Andrés Bello (redactor del Código civil chileno en donde se encuentran contenidas las normas de interpretación de la ley en los artículos 19 a 24) haya pensado en el uso de tal diccionario para estos efectos, toda vez que, como es sabido, no tenía mucha simpatía por éste.[118]

5.1.2.3 Interpretación de acuerdo con el uso corriente de las palabras

Los términos de la ley deben interpretarse según el uso corriente de los mismos, toda vez que es éste el sentido al cual el ciudadano, destinatario de la norma, acudiría de ser necesario y por ser éste el método de interpretación de la ley penal, que asegura un mayor grado de cumplimiento del fin preventivo general del Derecho penal, toda vez que el mandato de determinación de la conducta a punir dirigido al legislador, tiene por finalidad primera, permitir que los ciudadanos sean capaces de aprehender y de entender el contenido normativo con una cierta seguridad y facilidad. Una interpretación analógica, esto es, que fuera más allá del sentido literal posible de un término en el lenguaje común, sólo sería admisible si se tratara de una *interpretación auténtica*, realizada por la propia ley, donde se utilizara un concepto que desborde el sentido literal posible en el lenguaje usual.[119]

118. Al respecto ver Cury, op. cit., p. 193-194; Etcheberry, op. cit., p. 104; Garrido Montt, op. cit., p. 98 y Politoff, op. cit., p. 99-100.

119. Al respecto ver Fernández Cruz, Los delitos de violación y estupro del artículo 365 bis Código penal: una racionalización desde el mandato de lex stricta y el principio de lesividad. Especial referencia a la introducción de dedos u otras partes del cuerpo, en *Revista Ius et Praxis*, año 13, n. 2, p. 110-118.

5.1.2.4 La definición de objeto contenida en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua no nos sirve como guía interpretativa

Si bien la primera acepción del término *objeto* según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, lo define como "todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso éste mismo". Evidentemente dicho concepto no nos sirve para solucionar el problema en cuestión, toda vez que no coincide ni con el sentido natural y obvio de la palabra *objeto*, la cual dice relación con *cosas inanimadas*, ni mucho menos con la distinción que el ordenamiento jurídico en su conjunto, realiza entre las *cosas* y las *personas*. Así, el artículo 55 del Código Civil define *persona natural* como todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición, y el artículo 565 refiere que los bienes consisten en cosas corporales e incorporales.

Lo anterior, guarda plena concordancia con el sentido que, en materia penal, se ha dado al término *dedos*. En efecto, nuestro Código penal entiende que los dedos son *miembros corporales* según lo expresa en el Párrafo Tercero del Título VIII del Código penal, denominado *lesiones corporales*, cuando en el artículo 396 toma, siguiendo a Pacheco, el término *dedo* como ejemplo para referirse a las mutilaciones de *miembros menos importantes*.[120] Dicho concepto resulta del todo distinto de la expresión *cosa mueble ajena*, que el legislador utiliza, por ejemplo, para referirse al objeto materia de la apropiación en el artículo 432 del Código penal.

5.1.2.5 Historia legislativa

Si bien la historia de la ley pudiera ser un antecedente a tener en cuenta a fin de entender el sentido de la ley, el problema no puede solucionarse atendiendo a dicho criterio, toda vez que la misma no puede definirse como la voluntad del legislador, ya que una vez dictada la ley, se independiza del legislador, adquiere existencia autónoma y pasa a tener vida propia.[121] Por lo demás, aun cuando estuviéramos en el ámbito del

120. Politoff, Grisolía y Bustos, *Derecho penal chileno, parte especial, delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 197.

121. Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *Tratado de Derecho civil, partes preliminar y general*, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 178.

Derecho civil –cuyo no es el caso–, no podría el intérprete recurrir a dicho recurso, ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 19 inciso 2.° del Código civil, para acudir al elemento histórico debe necesariamente existir una *expresión obscura de la ley*, y como ya lo hemos referido, al menos desde el punto de vista del sentido natural y obvio de las palabras y desde el prisma del ordenamiento jurídico en su conjunto, la expresión *objetos* no resulta ni obscura ni compleja, por cuanto resulta evidente que la misma dice relación con una *cosa*, esto es, con un objeto inanimado por oposición al ser viviente, y sabido es que conforme a lo dispuesto en el artículo 19 del Código civil, no puede, el intérprete, desatender el tenor literal de la ley, a pretexto de consultar su espíritu y abandonar con ello el elemento gramatical de interpretación de la ley, máxime si se considera que en la especie nos encontramos en el ámbito del Derecho penal, campo en el cual, no puede el intérprete acudir al elemento histórico para justificar la aplicación del tipo penal a un supuesto que no se encuentra expresamente tipificado.

En el mismo sentido, al referirse a los límites en la interpretación de los tipos penales, Fernández Cruz otorga un valor segundario a la teoría subjetiva (voluntad del legislador) en el marco de un Estado Democrático de Derecho. Este valor secundario que la mayoría de la doctrina otorga a la teoría subjetiva resulta de especial importancia en el caso que nos ocupa, ya que, como dijimos, en la discusión parlamentaria sobre el artículo 365 bis Código penal, se hizo expresamente referencia a la *introducción de dedos u otras partes del cuerpo*, como un supuesto subsumible en la introducción de "objetos de cualquier índole", referencia que ha servido posteriormente como fundamento de la mayoría de la jurisprudencia de los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, para subsumir la introducción de partes del cuerpo distintas del pene. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las exposiciones de motivos, en no pocas ocasiones, contradicen lo realmente preceptuado en la ley; las afirmaciones en los debates son, a lo sumo, indicios de las presuposiciones de algunos parlamentarios que, incluso por falta de conocimiento técnico o de interés, carecen de la suficiente información sobre el objeto de la regulación. Además, la denominada *voluntas legislatoris*, también en no pocas ocasiones, resulta realmente un conglomerado de *voluntades*, donde participan los autores del proyecto o comisiones de codificación, el ministerio o gobierno que lo impulsó, diversos grupos parlamentarios, por lo que resulta inviable hablar de una única *voluntas legislatoris*. Pero, sin duda, la principal razón que otorga un valor secundario a la teoría

subjetiva reside en su inviabilidad en una democracia por falta de determinación vinculante de las presuposiciones de las respectivas mayorías parlamentarias. Recordemos que el principio de legalidad, es decir las leyes penales, no su discusión previa, supone la principal garantía que el ordenamiento jurídico otorga a los ciudadanos de la República. Por lo tanto, la interpretación histórica no puede constituir el factor determinante en la resolución del caso y, a lo sumo, sirve de apoyo para establecer el sentido de la ley.[122]

En efecto, en materia penal la interpretación de la ley en un Estado de Derecho Democrático, respetuoso de los límites al *ius puniendi*, debe necesariamente acatar los límites que le impone el pilar fundamental del Derecho penal, consistente en el principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege* y las exigencias derivadas del mismo. Así conforme al principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, existe prohibición de analogía por parte de los jueces y tribunales, y exigencia en el cumplimiento escrupuloso del principio de legalidad a la hora de aplicar la ley penal.[123] En tal sentido, si bien se discute si para tales efectos la interpretación de los tipos penales debe ser restrictiva, o si por el contrario, la ley penal admite una interpretación extensiva, nadie discute que el intérprete no puede sobrepasar el límite de garantía representado por la *letra de la ley*. Así, toda interpretación admisible se mueve dentro de ese límite (el sentido literal posible). En cambio, como la *analogía* traspasa esta frontera no será admisible si perjudica al reo (*analogía in malam partem*) y sí lo será cuando lo favorezca (*analogía in bonam partem*), por cuanto dicho límite persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley.[124] Así, Etcheberry, refiriéndose a las reglas de interpretación de la ley contenidas en el Código civil refiere que: "no todas estas reglas son siempre aplicables a la ley penal, por la particular naturaleza de ésta y la primacía del principio de reserva dentro del Derecho Penal liberal, inspirador de las codificaciones decimonónicas. El propio Bello estimaba que en materia penal era siempre obligatoria la interpretación restrictiva, principio ampliamente admitido en la tradición histórica romano-canónica, pero en pugna con

122. Fernández Cruz, op. cit., p. 116-117; en el mismo sentido, ver Jakobs, op. cit., p. 93-94.

123. Roxin, op. cit., p. 134 a 141.

124. Al respecto ver al respecto ver Mir Puig, op. cit., p. 124.

los principios de la Escuela de la Exégesis, particularmente reflejados en esta materia en el artículo 23 del Código Civil".[125]

Si bien soy partidario de admitir en Derecho penal una interpretación extensiva, el problema radica aquí en la necesidad de determinar, conforme al *principio de tipicidad*, cuáles son las conductas que se encuentran específicamente tipificadas en el Código penal.

5.1.2.6 Tampoco es adecuada la referencia que la jurisprudencia realiza respecto de la historia fidedigna de la norma

Si bien es efectivo que en el texto en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se señaló que los objetos a que se hace referencia pueden ser miembros corporales diferentes del pene, con razón Politoff, Matus y Ramírez han dicho que tal interpretación degrada la esencia del ser humano como sujeto, distinguible a todo nivel de las cosas del mundo.[126]

5.1.2.7 Principio de la realidad social

Si bien a mi juicio resulta posible efectuar una interpretación extensiva, no debe confundirse dicha manera de interpretar la ley penal, con las valoraciones que de *lege ferenda*, se pueden realizar sobre la posible tipificación de un conflicto social. La interpretación debe siempre moverse dentro de los límites del sentido literal posible y, por lo tanto, aunque es probable que la mayoría de los operadores jurídicos y de la ciudadanía consideren que la introducción de partes distintas del pene deba tener una semejante respuesta penal, respecto de aquéllos hechos tipificados en el artículo 365 bis Código penal, el sentido literal posible de la disposición en comento, no alcanza a esta clase de conductas y, por lo tanto, la solución a esta necesidad de mayor protección debe ser subsanada por el parlamento y no por los jueces.[127] Así las cosas, resulta claro que la descripción de la conducta tipificada en artículo 365 bis no toma en cuenta la realidad social, al no considerar una las principales

125. Etcheberry, op. cit., p. 102-103.

126. Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial*, cit., p. 271; critican también esta interpretación Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho penal, Parte especial*, Editorial LexisNexis, 1. ed., 2005, p. 201.

127. Fernández Cruz, op. cit., p. 118.

modalidades de abusos sexuales cometidos en Chile (la introducción de los dedos en la vagina o ano de la víctima). Ello amerita una seria discusión sobre su posible inclusión expresa como tipo de abusos sexuales calificados en el Código penal, pero dicha falencia no puede ser subsanada por el órgano jurisdiccional. De esta manera, Fernández Cruz sostiene que la falta de correspondencia con la realidad social comporta una tensión entre los mandatos de *lex certa* y *lex stricta*, ya que la omisión de la introducción de partes del cuerpo distintas del pene, como modalidad comisiva, implica necesariamente que los tribunales penales deban preguntarse si, por ejemplo, la introducción de un dedo puede considerarse como una suerte de *objeto* o *animal*. La falta de certeza jurídica –derivada de una falta de correspondencia con la realidad social– supone una innecesaria presión político criminal hacia los tribunales de justicia, que puede derivar en una vulneración del mandato de *lex stricta*.[128]

5.1.3 Conclusión

Como se aprecia, aterrizando en el caso de análisis, tratándose de términos con sentido opuesto, la inclusión en el término *objetos* de los *dedos*, implica realizar una interpretación analógica prohibida por el principio *Nullum crimen nulla poena sine lege stricta*.

5.1.4 Penalidad

El artículo 365 bis del Código penal, sanciona la conducta antes analizada con la pena de: 1.– *presidio mayor en su grado mínimo a medio*, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361 (uso de fuerza o intimidación, hallarse la víctima privada de sentido, o aprovecharse de su incapacidad para oponer resistencia, o bien abusar de la enajenación o trastorno mental de la víctima); 2.– con *presidio mayor en cualquiera de sus grados*, si la víctima fuere menor de catorce años, y 3.– con *presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo*, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 (abusar de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno, abusar de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral,

128. Fernández Cruz, op. cit., p. 108.

abusar del grave desamparo en que se encuentra la víctima, o bien engañar a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual) y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años.

Si bien los tres numerales son criticables por el grado de indeterminación que resulta de la abrumadora diferencia que existe entre el mínimo y máximo de la pena a aplicar en abstracto, dicha crítica es más patente respecto de la penalidad contemplada en el número dos antes descrito, en donde la diferencia entre el mínimo y máximo de la pena es de casi quince años (5 años y un día a veinte años). Como es fácilmente perceptible, dicha pena es, además de draconiana,[129] del todo indeterminada.

5.2 *Segundo caso: El hurto como falta contemplado en el artículo 494 bis del Código penal*

La Ley número 19.950, publicada el 05 de junio de 2004, tuvo por finalidad castigar fuertemente el "hurto hormiga" o "hurto de bagatela" perpetrado en supermercados y otros grandes establecimientos comerciales. Dicha ley redujo el valor del objeto material del hurto, como simple delito, desde la suma de una unidad tributaria mensual a la de media unidad tributaria mensual y repuso la pena de prisión para el hurto como falta, le extendió la regla de la reiteración de delitos, intentó, aunque sin éxito, dada la pésima técnica legislativa, sancionar los estadios imperfectos de ejecución de la falta y estableció un castigo para la reincidencia en ella.

Sin quererlo, nuestro legislador nos proveyó, en el caso del hurto falta, sancionado en el artículo 494 bis del Código penal, de un clarísimo ejemplo de infracción al principio de taxatividad, referido a la ausencia absoluta de sanción penal. En efecto, como muchos de los tribunales sostenían que para la consumación del hurto el elemento apropiación exigía que el sujeto tuviera, siquiera por un momento la cosa para poder disponer de ella, la sentencia era absolutoria cuando los sujetos activos eran detenidos portando las especies luego de traspasar las cajas registradoras o de abandonar la tienda comercial, ya que en tales situaciones estimaban que el delito estaba tentado o frustrado y conforme con lo

129. Al respecto baste con señalar que el artículo 391 número 2.° del Código penal, sanciona el delito de homicidio simple, con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo (5 años y un día a 10 años) a medio (10 años y un día a quince años).

dispuesto en el artículo 9 del Código penal, las faltas sólo se sancionan cuando se encuentran en grado consumado. Para revertir esta tendencia jurisprudencial, el legislador creó el artículo 494 bis del Código penal, el cual en su inciso final prescribía que: "se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7.°". Sin embargo, el artículo 7.° se refiere al *iter criminis* y por lo tanto, no contiene pena alguna. En efecto dicha disposición prescribe: "Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento". Si bien de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 del Código penal a los autores de crimen o simple delito frustrado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito y según lo prescrito en el artículo 52 del Código penal a los autores de tentativa de crimen o simple delito, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito, resulta evidente que dichas reglas generales se encuentran establecidas para los crímenes y simples delitos y no para las faltas, razón por la cual, no es posible recurrir a ellas para suplir la falta de penalidad de la redacción original del artículo 494 bis del Código penal.

5.2.1 Posición de la doctrina nacional

La doctrina nacional no solo criticó la reforma al Código penal en materia de hurto por atentar en contra de los principios de lesividad, de proporcionalidad de las penas, por implicar esta normativa, un adelantamiento de las barreras punitivas en delitos de bagatela y un ejemplo claro del eslogan de la mal llamada *seguridad ciudadana*, sino que además, se hizo presente el carácter marcadamente sectario de la reforma, toda vez que su finalidad tendía a la protección de los intereses económicos de un poderoso sector de la sociedad chilena, constituido por los dueños de las grandes tiendas comerciales y cadenas de supermercados.[130] En

130. Al respecto ver Guzmán Dalbora, *Bosquejo y apreciación de la reciente reforma penal en Chile*, en el volumen *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, coordinado por José Luis Díez Ripollés y Octavio García Pérez, Edisofer y B. de F., Madrid y Buenos Aires-

cuanto, al problema relativo a la falta de penalidad en el caso del hurto falta, la doctrina no tardó en denunciar la falta de rigor legislativo y la imposibilidad de aplicar la norma en comento.

5.2.2 Posición de la jurisprudencia

Algunos tribunales dictaron sentencias absolutorias en aquellos casos en los cuales el hurto falta no se consumó, en ausencia absoluta de sanción a imponer. En tal sentido, se pronunció la Corte de Apelaciones de Valparaíso en sentencia de fecha 28 de octubre de 2004, dictada en causa Ruc: 0400348024-6 y la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de fecha 06 de diciembre de 2004, dictada en causa Ruc: 0400255009, Rol Corte 503-2004.

Sin embargo, otros tribunales, recurriendo claramente al mecanismo de la *analogía in malam partem*, sostuvieron que las etapas ejecutivas anteriores a la consumación, debían ser sancionadas con la misma pena que el hurto falta consumado. En tal sentido, se pronunciaron las sentencias de la Corte de Apelaciones de Talca de fecha 24 de septiembre de 2004, dictada en causa Ruc: 0400223700-3, Rol Corte: 1771-2004 y de la Corte de Apelaciones de Chillan de fecha 05 de noviembre de 2004, dictada en causa Ruc: 0400338477-8, Rol Corte: 144-2004.

Otros tribunales en tanto, también recurriendo a la *analogía in malam partem*, sancionaron estas conductas con la pena de multa, por ser esta la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales de penas del artículo 59 del Código penal, a pesar que esta disposición corresponde a las reglas generales aplicables a los crímenes y simples delitos y no a las faltas. En tal sentido, se pronunció la Corte de Apelaciones de Rancagua, en sentencias de fechas 02 y 22 de octubre de 2004, Rol Corte: 115-2004 y 116-2004, respectivamente.

Acertadamente, la Corte Suprema en sentencia de fecha 20 de noviembre de 2005, dictada en causa Rol Corte: 5990-2004, Ruc: 0400294065-0, declaró que el legislador olvidó señalar la pena correspondiente a las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto falta y, por lo tanto, rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el

-Montevideo, 2008, p. 167-199, y Oliver Calderón, Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto falta, en la *Revista de Derecho*, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, 2005, primer semestre, p. 295-307.

Ministerio Público en contra de la sentencia que absolvió a una imputada por una falta de hurto estimada por el tribunal en grado frustrado.

5.2.3 Ley 20.140

Luego de la reacción de la jurisprudencia ante el error legislativo en materia de hurto como falta, el legislador vino a reformar dicha disposición a través de la Ley 20.140 que modifica el artículo 494 bis del Código penal, estableciendo expresamente la sanción penal con que deben ser castigados los hurtos falta en grado frustrado. Al respecto, la nueva disposición refiere: "Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasa de media unidad tributaria mensual. La falta de que trata este artículo se castigará con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si se encuentra en grado de frustrada. En estos casos, el tribunal podrá conmutar la multa por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad, señalando expresamente el tipo de trabajo, el lugar donde deba realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento. Los trabajos se realizarán, de preferencia, sin afectar la jornada laboral o de estudio que tenga el infractor, con un máximo de ocho horas semanales. La no realización cabal y oportuna de los trabajos determinados por el tribunal dejará sin efecto la conmutación por el solo ministerio de la ley, y deberá cumplirse íntegramente la sanción primitivamente aplicada. En los casos en que participen en el hurto individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se han prevalido de los menores en la perpetración de la falta. En caso de reincidencia en hurto falta frustrado, se duplicará la multa aplicada. Se entenderá que hay reincidencia cuando el responsable haya sido condenado previamente por delito de la misma especie, cualquiera haya sido la pena impuesta y su estado de cumplimiento. Si el responsable ha reincidido dos o más veces se triplicará la multa aplicada. La agravante regulada en el inciso precedente prescribirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 (regula la prescripción en materia de reincidencia). Tratándose de faltas, el término de la prescripción será de seis meses". Como se aprecia, al legislador no le quedó más remedio que corregir el error antes cometido en la redacción del tipo penal en análisis.

5.3 *Tercer caso: Parricidio sancionado en el artículo 390 del Código penal*

La Ley 20.066, publicada el día 07 de octubre de 2005, estableció la ley de violencia intrafamiliar y, entre otras modificaciones, incorporó como sujeto pasivo del delito de parricidio al *conviviente*. Sin embargo, en un claro desprecio por el principio de taxatividad, no definió qué ha de entenderse por *convivencia*, dejando a la doctrina y en último término a la jurisprudencia, la labor de completar el tipo penal. Por lo tanto, tenemos aquí un claro ejemplo de un uso excesivo de los elementos normativos del tipo, al tratarse de una situación de hecho y, por tanto, altamente indeterminada.

5.3.1 *Origen de la iniciativa legal*

La referida modificación legal fue realizada a proposición del Servicio Nacional de la Mujer. El abogado asesor de dicho servicio, señor Marco Rendón, explicó en la comisión mixta del Congreso, que esta proposición tiene por finalidad aplicar la misma lógica seguida en el proyecto, en cuanto se agrava la estructura del delito de lesiones corporales, respecto de los delitos contra la vida.

5.3.2 *Posición de la Comisión Mixta del Congreso*

No existe una definición legal de lo que deba entenderse por conviviente y así lo reconoció el Senador Chadwick quien indicó que: "... con ello, entonces, matar al conviviente será lo mismo que matar al cónyuge, con lo cual esta norma del parricidio queda acorde con las disposiciones de este proyecto. Agregó que, en todo caso, como la convivencia es una situación de hecho que no está definida legalmente, su existencia y las circunstancias que la califiquen como tal, deberán ser acreditadas ante los tribunales de justicia".[131]

Al respeto vale la pena recordar a Zaffaroni, quien señala que "cuando se exagera el recurso a los elementos valorativos, se corre el riesgo de debilitar el *nullum crimen sine lege* y de fortalecer la pulsión del poder punitivo, lo cual es una característica del Derecho penal

131. Historia de la Ley 20.066, Informe de la Comisión Mixta, p. 470-575, disponible en www.bcn.cl, página visitada el día 07 de enero de 2010 a las 13:00 horas.

autoritario".[132] Además, se ha dicho que el juez no debe calificar la conducta concreta, sino que ha de subsumirla dentro del tipo abstracto y general, así su deber es comprobar si están cumplidas realmente las acciones a cuya ejecución la ley asocia la concurrencia de la pena. Por ello, no es su tarea un pronunciamiento autónomo de juicios de valor, sino establecer hechos.[133]

Tal como lo dijéramos en la primera parte de este trabajo el principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, exige que el núcleo fáctico de la conducta que se sanciona se encuentre descrito en la norma penal y, por lo tanto, el uso excesivo de los elementos valorativos y altamente indeterminados, afecta el *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, máxime si se toma en consideración que en la especie no se trata de un elemento establecido para atenuar o morigerar la pulsión penal, sino todo lo contrario, ya que la concurrencia del elemento valorativo e indeterminado califica el tipo penal de homicidio, elevado el marco abstracto de la pena a la de presidio mayor en su grado máximo (15 años y un día a 20 años).

5.3.3 Posición de la doctrina y de la jurisprudencia

Ya que el legislador no definió qué debe entenderse por convivencia y que no se trata de un concepto propio de una ciencia o arte, que exija darle el sentido que en aquellas se utiliza, la doctrina y la jurisprudencia nacional convergen en las siguientes ideas:

Para determinar qué debe entenderse por convivencia, debe recurrirse al sentido natural y obvio del término. Al respecto y tal como lo dijéramos más arriba, ello no implica necesariamente el deber de recurrir a las definiciones que proporciona el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, porque el uso común puede no condecirse con los conceptos empleados por tal diccionario y así lo ha sostenido nuestra doctrina desde antiguo. Los términos de la ley deben interpretarse según el uso corriente de los mismos, ya que es éste el sentido al cual el ciudadano, destinatario de la norma, acudiría de ser necesario y por ser éste

132. Zaffaroni, op. cit., p. 461.

133. Grünhut, *Formación de conceptos y aplicación del Derecho en el Derecho penal*, por Max Grünhut. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora, en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Publicación de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, número 22, 2004, pág. (307-329) 308.

el método de interpretación de la ley penal, que asegura un mayor grado de cumplimiento del fin preventivo general del Derecho penal, por las razones esgrimidas más arriba.

Ratifica esta conclusión, el análisis de la definición que al respecto, el citado diccionario entrega. En efecto, dicho texto entiende por *convivencia*, la *acción de convivir* y por "*convivir*", *vivir en compañía de otro u otros*. Por último, el citado diccionario define la palabra *conviviente*, como "cada una de las personas con quienes comúnmente se vive". De esta definición, extremadamente amplia, se desprendería, por ejemplo, para los efectos que aquí nos interesan, que quitar la vida a un amigo a quien se presta cobijo permanente bajo el techo de un hogar, sería constitutivo de parricidio, lo que parece alejado a todas luces, de la *ratio legis* de nuestra legislación.[134]

Además, hay que tomar en cuenta el contexto en el cual el legislador ubicó este término *convivencia*, el cual corresponde al del artículo 390 del Código penal, relativo al delito de parricidio y a continuación de los vínculos de carácter permanente y de relación filial o parental, y al lado del vínculo matrimonial, es decir, el vínculo de convivencia se agrega a un delito especial que califica el tipo base de homicidio, aumentando el piso de la pena, nada más y nada menos, que en dos grados. Por lo tanto, la naturaleza de los vínculos comprendidos en la disposición antes citada descarta la posibilidad de incluir en el término conviviente cualquier clase de relación entre dos personas, tales como el llamado pololeo u otra clase de relaciones afectivas inestables o esporádicas, reservando la expresión única y exclusivamente a la familia no matrimonial, la cual se caracteriza por tratarse de una relación afectiva entre un hombre y una mujer que viven bajo un mismo techo, de manera estable y permanente, con un proyecto de vida en común, de carácter pública y notoria y de origen lícito.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 19 del Código civil, no puede, el intérprete, desatender el tenor literal de la ley, a pretexto de consultar su espíritu y abandonar con ello el elemento gramatical de interpretación de la ley, máxime si se considera que en la especie nos encontramos en el ámbito del Derecho penal, campo en el cual, no puede el intérprete acudir al elemento histórico para justificar la aplicación del tipo penal a un supuesto que no se encuentra expresamente tipificado.

134. Sentencia dictada por el 2.° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en causa Rit n. 98-2007, Ruc: 0600226396-1 y Sentencia dictada por el Tribunal Oral de Talca, en causa Rit n. 133-2006, Ruc n. 0600174104-5.

Además, debe tenerse presente que aun cuando el delito de parricidio tiende a desaparecer en los Códigos penales más actuales como el español, el alemán y el francés, así como del Anteproyecto de Código Penal chileno, dada su difícil justificación más allá del reproche moral por el atentado contra la propia sangre o los lazos de confianza mutua supuestamente derivados del matrimonio.[135] Respecto de la relación de convivencia, podemos señalar que, según la corriente doctrinaria más tradicional, el mayor desvalor asignado a este delito radica en que con él se atenta en contra del *orden de las familias*. Según una argumentación más moderna, en el delito de parricidio, además de *la vida* sólo se protegen *reales relaciones parentales generadoras de confianza y afecto entre las personas*, y no la existencia de simples vínculos jurídicos de los cuales muchas veces la relación afectiva es inexistente en la realidad.[136] Ahora bien se adhiera a una o a otra postura, lo cierto es que la modificación legal protege a la pareja sea que el vínculo provenga de una familia de carácter matrimonial o no matrimonial, por lo que se ha equiparado, para efectos penales, el vínculo de convivencia al del matrimonio, reconociendo una realidad que era posible advertir con nitidez en la evolución social de la familia chilena.[137]

Analizado, entonces, el sentido natural y obvio con que se utiliza entre nosotros el término *conviviente* de un modo sistemático con las normas legales que le han prestado reconocimiento, atribuyéndole consecuencias jurídicas de diversa índole, incluyendo, por cierto, consecuencias jurídico penales, es posible concluir que en nuestra legislación la convivencia está referida a una *relación análoga a la conyugal*, cuyo vínculo carece de formalización legal o religiosa.[138] En el mismo sentido, podemos señalar que habiéndose equiparado el término conviviente a los vínculos filiales y matrimoniales del artículo 390 del Código penal, dicho término guarda estrecha relación con lo que en Derecho civil se conoce con el término de *concubinato perfecto*, esto es, "el estado de un hombre y una mujer que,

135. Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho penal chileno, parte especial*, op. cit., p. 72-73.

136. Bacigalupo, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Editorial Akal, S. A., 2. ed. Madrid, 1994, p. 53.

137. Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Iquique, en causa Rol Corte n. 71-2007, Ruc: n. 0500667758.

138. Sentencia dictada por el 2.° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Rit n. 98-2007.

en forma estable y duradera, viven juntos como casados, sin estarlo",[139] el cual se caracteriza por la mantención de relaciones sexuales estables fuera del matrimonio, existiendo entre las partes una comunidad de vida expresada en el hecho de vivir públicamente juntos, bajo un mismo techo.[140-141] La doctrina lo llama unión libre.[142]

De esta forma, es posible sostener que un requisito imprescindible de la convivencia, consiste en que tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo *vivan bajo un mismo techo*, con todo lo que ello implica. Así, por ejemplo resulta necesario acreditar que el sujeto activo no sólo pernocta en el mismo hogar que la ofendida, sino que tiene en tal lugar las cosas con las cuales desarrolla su vida diaria (vestuario, herramientas, libros, artículos de aseo etc.). Por lo tanto, basta con que los convivientes hayan cesado la vida en común, para que la unión de hecho que fundamenta la calificación de la figura base desaparezca.[143] Lo mismo sucede cuando los propios involucrados reconocen su ánimo de estar separados y reconocen ya no estar viviendo juntos.[144]

Lo anterior, implica claramente la existencia de un segundo requisito, la vida en común conlleva *estabilidad* o *permanencia en el tiempo*, es decir *un proyecto de vida en común*,[145] de tal suerte que no basta con que el sujeto activo pernocte unos cuantos días en la casa de la ofendida o viceversa, para que pueda sostenerse que en la especie concurra una relación de convivencia. En tal sentido, Federico Puig Peña, refirién-

139. Vodanovic, *Derecho de alimentos*, Editorial Ediar-ConoSur, 1987, p. 286.

140. Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Temuco, en causa Rol Corte n. 235-2008, Ruc: n. 0700167516-2.

141. Sentencia pronunciada por la Corte de Valparaíso de 24 de junio de 1987, publicada en la Gaceta Jurídica n. 85, sentencia 1, p. 50; y sentencia pronunciada por la Corte Suprema, de fecha 25 de julio de 1989, publicada en Fallos del Mes, n. 368, sentencia 5, p. 331.

142. Humberto Pinto, *El concubinato y sus efectos jurídicos*, Memoria de prueba, 1942, Universidad de Chile.

143. Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho penal, parte especial*, Editorial Legal Publishing, 2.° edición, Santiago, 2007, t. III, p. 33-34.

144. Sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, Rit n. 21-2008.

145. Sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, Rit n. 57-2007 y sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, Rit n. 42-2008.

dose a lo que en Derecho civil se conoce con el nombre de concubinato perfecto, lo define como la unión duradera y estable de dos personas de sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo.[146]

En tercer término, la relación de convivencia debe ser *pública* o *notoria*, esto es las personas que habitualmente los rodean, deben verlos como una pareja estable, como una familia con un proyecto de vida en común.[147] El requisito de la "apariencia matrimonial", implica que los terceros consideren a la concubina como "la mujer", "la cónyuge" del concubinario, no su amante o querida.[148]

En cuarto lugar, la convivencia debe ser *lícita*, es decir no debe estar prohibida por la ley. De esta manera, no existe convivencia entre el secuestrador y la secuestrada, ni tampoco entre un sujeto mayor de edad y una muchacha menor de catorce años.[149]

De otro lado, hay que coincidir en que la acreditación de los elementos de la convivencia antes referidos, en el caso concreto, es una cuestión fáctica o de hecho y, por lo tanto, la determinación de su concurrencia o no, es una cuestión que compete resolver al juez del fondo.[150]

146. Cit. por sentencia publicada en Fallos del Mes n. 368, sent. 5, p. 331, considerando 3.°.

147. Bullemore y Mackinnon, op. cit., p. 34.

148. En opinión de Barrientos Grandón, para que la imputada y la víctima pudieran ser, jurídicamente, tenidas como cónyuges y así cumplir las exigencias típicas del artículo 390 del *Código penal*, debería resultar posible la asimilación de la relación que mantenían a la relación conyugal, concretamente poder situarlas en una posición jurídica asimilable a la categoría jurídica de cónyuges y, como se ha descrito, para ello, resultaría necesario que: a) fueran de distinto sexo, condición cumplida en este caso; b) que tuvieran la edad legal para ejercer el *ius conubii*, condición también cumplida en la especie de que se trata; c) que no fueran parientes en los grados excluidos legalmente, condición también cumplida en la situación de hecho examinada; y d) que ambas fueran solteras o divorciadas, condición ésta que no se presenta (Barrientos Grandón, *Sobre la noción de "conviviente" utilizada en el artículo 390 del Código penal*, informe en Derecho realizado para la Defensoría Penal Publica).

149. Bullemore y Mackinnon, op. cit., p. 34.

150. Sentencia pronunciada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, en causa Rol de ingreso Corte n. 235-2008, Ruc n. 0700167516-2, en la cual se sostiene que tratándose de una cuestión de hecho, los jueces son soberanos para determinar si se configura o no la convivencia.

5.3.4 Posición personal

Adecuada me parecen las conclusiones a las cuales llega la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre el punto, ya que interpretando adecuadamente la norma en comento, es posible otorgar al elemento normativo de la convivencia un contenido asible y coherente con el contexto en el cual fue ubicado por el legislador, esto es, el del delito de parricidio. Sin embargo, tratándose de una unión de hecho, me parece imperioso que sea el legislador quien defina el término y los requisitos que han de concurrir para tenerla por establecida, ya que de lo contrario se deja entregado a la doctrina y en definitiva a la jurisprudencia, la labor de determinar el contenido del tipo penal, con el menoscabo que para el principio de taxatividad ello significa y con la manifiesta inseguridad jurídica que de ello se deriva para el ciudadano.

5.4 Cuarto caso: Ley de responsabilidad penal de adolescentes

La Ley 20.084, de fecha 07 de diciembre de 2005, estableció un nuevo sistema de responsabilidad penal de adolescentes. Salvo algunas disposiciones relativas a los tribunales de familia difirió su entrada en vigencia en seis meses contados desde su publicación, sin embargo, antes del vencimiento de dicho plazo, el día 1.° de junio de 2006, se publicó la Ley 20.110, que reemplazó en el artículo 1.° transitorio de la Ley 20.084, la expresión seis meses por dieciocho meses. La nueva prórroga de la entrada en vigencia de la ley se debió a que las condiciones materiales para el cumplimiento efectivo de las sanciones que la ley establecía para los adolescentes, las cuales eran totalmente distintas a las contempladas para condenados adultos, no alcanzaron a estar listas a tiempo. Ya sea porque la ley de adolescentes reduce el ámbito de lo punible o porque se establecen tiempos de prescripción más cortos o bien por la diferencia cualitativa de las nuevas sanciones pensadas especialmente para adolescentes etc., era de suyo probable que esta ley resultara más favorable que la normativa vigente hasta ese momento, razón por la cual se desató una ardua discusión acerca de la retroactividad de la ley más favorable, con lo cual quedó al desnudo la poca claridad de nuestra legislación sobre el tema, dada la mala redacción de las disposiciones que regulan la materia. Algunos tribunales, amparados en la literalidad de la norma contenida en el artículo 18 del Código penal, sostuvieron que la Ley 20.084 debía aplicarse desde su promulgación por el poder ejecutivo, si resultaba ser más favorable.[151] Otros tribunales se opusieron a aplicar la

151. En este sentido se pronunció el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción en sentencia dictada en causa Ruc n. 0400292767-0, Rit n. 305-05, la cual fue

Ley 20.084 basados en que en ese entonces no se encontraban dispuestas las condiciones para aplicar las sanciones referidas en la Ley 20.084.[152] Como lo sostuve en la primera parte de este trabajo, cuando el artículo 18 del Código penal dice promulgación, se está refiriendo a la entrada en vigencia de la ley y, por lo tanto, no cabía aplicar la Ley 20.084, no porque no estuvieran dispuestas las condiciones materiales, sino porque no había entrado aún en vigor.[153] Más allá del problema concreto, lo que queda claro es que ante un tema tan sensible, en Chile coexisten tres opiniones respecto a cuándo debe aplicarse la ley más favorable: a) desde su promulgación por el poder ejecutivo, b) desde la publicación en el Diario Oficial y c) desde la entrada en vigencia de la ley, lo cual normalmente ocurrirá con la publicación en el Diario Oficial, a menos que se postergue su entrada en vigor. Ello demuestra la necesidad imperiosa de revisar nuestra legislación en materia de retroactividad de la ley penal.

6. Conclusiones

1.º Desde un punto de vista cuantitativo, son tantas y tan pobres en calidad las reformas al Código penal, que la labor de analizarlas se hace de suyo complicada. Lo anterior, sin considerar la cada vez más descontrolada huida del Código penal codificado en pro de la proliferación de leyes especiales, cada una de las cuales ha hecho su aporte al expansionismo del Derecho penal chileno, muchas de ellas realizadas con técnicas legislativas anacrónicas y de dudosa legitimidad, como el exacerbado casuismo, incluso respecto de situaciones perfectamente subsumibles en los tipos básicos, de manera que el recurso de los concursos aparentes de leyes penales es de diaria aplicación por los tribunales de justicia.

2.º Desde el punto de vista del origen, se legisla a trompicones, según el grado de conmoción pública que provoca un hecho puntual o bien a consecuencia de la influencia de grupos de poder político y económico, en algunos casos, propietarios de medios de comunicación social,

anulada luego por la Corte de Apelaciones de Concepción en Rol de Ingreso Corte 88-2006, por estimar más beneficiosa la normativa aun vigente en ese entonces y por no existir en esos momentos los elementos materiales necesarios para dar cumplimiento a las sanciones de la Ley 20.084.

152. En este sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Concepción, según se señaló en el pie de páginas anterior.

153. Al respecto ver Oliver Calderón, ¿Puede aplicarse la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes antes de su entrada en vigor?, en *La Semana Jurídica*, n. 304, semana del 4 al 10 de septiembre de 2006.

lo cual permite manejar la información, influenciando de este modo a la opinión pública, tal como ocurrió con la ley que endureció la normativa sobre hurtos de bagatela o "hurto hormiga". Como sea, se legisla para el caso concreto, en base a elementos tan subjetivos como permeables y manejables como "la sensación de inseguridad ciudadana", sin una mirada de conjunto, ni en base a estudios criminológicos serios, basados en datos científicos los cuales en muchos casos se oponen frontalmente a la opinión pública, siendo un claro ejemplo de ello la llamada ley de agenda corta número 20.253. El resultado de esta técnica es funesto, un mar de tipos penales *intra* y *extra muros* con una brutal incoherencia de penas (en Chile el delito de robo con violencia e intimidación tiene una penalidad más alta que la del delito de homicidio simple) y lo que es peor, luego de la reforma procesal penal hay casi el doble de personas privadas de libertad que antes de la misma, pese a lo cual, muchos no dudan de tildarla livianamente de "garantista".

3.º Desde un punto de vista cualitativo, se legisla sin respetar los principios básicos de un Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho, respetuoso de los límites del *ius puniendi* tales como el principio de última ratio, de lesividad, de fragmentariedad, de proporcionalidad y de legalidad.

4.º En Chile existe una total y manifiesta infracción a la garantía denominada *nulla poena nulla mensura sine regimene legale, sine humanitae, sine resocializatione: no hay pena ni medida de seguridad sin régimen legal, sin adecuado tratamiento penitenciario, asistencial y humanitario, sin resocialización, lo que confluye en el llamado principio de la ejecución.* Lamentablemente esta materia se encuentra regulada sólo a nivel reglamentario infringiéndose con ello claramente el principio de legalidad. Si bien aspectos complementarios pueden quedar entregados a normas de inferior jerarquía en el sistema penal, a veces en materias de la mayor importancia son entregadas por completo a normas de inferior jerarquía, como sucede particularmente con el *Reglamento sobre Establecimientos Penitenciarios* regulado en el Decreto Supremo n. 518, publicado en el Diario Oficial, el día 21 de agosto de 1998. Es de esperar que el Anteproyecto de Ley sobre la materia, que aún permanece en el Ministerio de Justicia, pueda ver la luz en un futuro próximo como Ley de la República.

5.º La Ley número 19.950, que incorporó al Código Penal, el artículo 494 bis que sanciona el hurto como falta, es un clarísimo ejemplo de infracción al principio de taxatividad referido a la ausencia absoluta de la sanción penal. La doctrina nacional no tardó en denunciar la falta

de rigor legislativo y la imposibilidad de aplicar la norma en comento. La jurisprudencia, en cambio no tuvo la misma simetría. Mientras algunos tribunales dictaron sentencias absolutorias en aquellos casos en los cuales la falta de hurto no se consumó, en ausencia absoluta de sanción a imponer, otros tribunales, en cambio, recurriendo claramente al mecanismo de la *analogía in malam partem* sostuvieron que las etapas ejecutivas anteriores a la consumación, debían ser sancionadas con la misma pena que el hurto falta consumado o con la pena de multa, por ser esta la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales de penas que contempla el artículo 59 del Código penal, a pesar que esta disposición corresponde a las reglas generales aplicables a los crímenes y simples delitos y no a las faltas.

6.º El principio de taxatividad también exige la determinación de la sanción penal y por lo tanto, al establecer en varias de las modificaciones legales una diferencia considerable (7 o 10 años) y en muchos casos sideral (casi quince años), entre los mínimos y los máximos de la pena en abstracto, el legislador ha infringido en repetidas oportunidades este principio, toda vez que si bien la sanción aparece en la ley es del todo indeterminada, quedando el justiciable en definitiva, sujeto al mero arbitrio judicial.

7.º En cuanto al delito de de abuso sexual agravado del artículo 365 bis, el legislador al emplear la expresión "objetos", no respetó el principio de la realidad social, por cuanto dejó fuera del tipo una forma frecuente de llevar a cabo la conducta abusiva, esto es, la introducción de los dedos. Sin embargo, la Jurisprudencia no ha tenido problemas para entender que en el término objetos se comprenden a los dedos, basándose para ello en la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua y en la historia legislativa de la ley, siendo en mi opinión, ambos criterios equivocados e implicando la postura de la jurisprudencia mayoritaria, un claro ejemplo de *analogía in malam parte*. Por su parte, la doctrina no ha dudado en criticar, y con razón, esta tendencia jurisprudencial.

8.º El legislador ha abusado de los elementos normativos e indeterminados tales como "autoridad", "conviviente" etc., los cuales desde un punto de vista político lejos de reflejar un tránsito hacia un ordenamiento liberal, evidencian un camino hacia un Derecho penal autoritario y severo, toda vez que termina siendo el juez quien en base a su propio criterio y opinión, termina dando forma y contenido al tipo penal.

9.º No está claro en Chile desde cuándo debe aplicarse la ley penal más favorable y la normativa en cuestión necesita ser revisada y modificada con urgencia. Lo anterior, quedó en evidencia con los problemas generados a propósito de la dictación de la Ley 20.084 que estableció el régimen de responsabilidad penal de adolescentes. A mi juicio, el criterio más adecuado dice relación con la entrada en vigencia de la norma lo que comúnmente coincidirá con la publicación de la ley.

10.º Como se aprecia el balance legislativo de estos diez años de modificaciones al Código penal han sido bastante desalentadores, para el principio de legalidad, entre otras muchas garantías. Ni siquiera la conquista de la democracia logró revertir el oscurantismo que la dictadura militar nos dejó como herencia funesta, al ver partir a muchos de los principales cultores de la dogmática penal chilena a un crudo exilio. Ni aun esta trágica experiencia ha podido remecer a nuestras conciencias hacia un sistema más condigno con un Estado social y democrático de Derecho, respetuoso de los límites del *ius puniendi*. En cambio, se siguen las modas foráneas, plagadas de frases clichés como "tolerancia cero", "la tercera es la vencida", el falso modelo de la "seguridad ciudadana" etc., sin la menor actitud crítica y sin darnos cuenta siquiera, que con cada una de las reformas así orientadas, perdemos algo de democracia a cambio de algo de un torpe autoritarismo.

6
Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade

ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO

Professor Doutor do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: O presente artigo analisa a relação entre tipicidade penal e princípio da legalidade, partindo da premissa que esta categoria primeira do delito deve estar sempre a serviço da garantia de eficácia da noção de taxatividade. Para isso, inicialmente são delineadas as funções tradicionalmente vinculadas à tipicidade, bem como os elementos que compõem a sua faceta objetiva. A partir daí, demonstram-se as questões interpretativas atinentes aos elementos objetivo-descritivos e objetivo-normativos, buscando compreender os diferentes graus de interpretação criativa que cada uma destas hipóteses permite. Intenciona-se, assim, a reflexão acerca de um limite mínimo de tolerância para a taxatividade, principalmente diante da assessoriedade, hoje tão presente na legislação criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Tipicidade penal – Princípio da legalidade – Tipicidade objetiva – Elementos normativos do tipo – Assessoriedade.

ABSTRACT: This article examines the relationship between the vagueness theory and the criminal principle of legality, based on the premise that this category of crime must always be at the service of ensuring effectiveness of the concept of strictness. Therefore, initially are outlined the functions traditionally linked to the vagueness theory and the elements of its objective aspect. From there, we show the interpretive questions relating to the objective-descriptive and objective-normative elements, trying to understand the varying degrees of creative interpretation that allows each of these hypotheses. In so doing we intend to make a reflection on a lower limit of tolerance for strictness, especially in account of the subsidiarity, today so presente in the criminal law.

KEYWORDS: Criminal vagueness theory – Principle of legality – Objective vagueness theory – Normative elements – Subsidiarity.

SUMÁRIO: 1. Introdução: a tipicidade penal e suas funções – 2. A garantia da legalidade e os elementos do tipo – 3. Elementos normativos e interpretação – 4. Graus de taxatividade e complexidade conceitual – 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO: A TIPICIDADE PENAL E SUAS FUNÇÕES

O tipo penal, desde sua inicial proposição formulada por Beling ainda nos primórdios do século XX,[1] sempre teve como a sua função mais destacada a garantia de efetividade do princípio da legalidade. Pode-se dizer, nestes exatos termos, que se trata de uma ferramenta dogmática *a serviço da legalidade penal*. Na medida em que uma conduta humana ganha sua previsão típica, o princípio da reserva legal, como abstração, ganha contornos materiais, concretiza-se na pluralidade de cada uma das hipóteses delitivas. Isso não quer significar, entretanto, que as estruturas típicas prescindam de outras tarefas. Longe de limitarem-se a esta função essencial, exercem também outras, todas elas, de algum modo, vinculadas ao seu mais importante papel.

É comum perceber nas obras jurídicas a função de comunicação que a tipificação penal exerce. Quer isso dizer que por meio dos tipos penais todos os cidadãos estão aptos a apreenderem quais são os comportamentos proibidos e determinados e, em consequência disso, cientificarem-se das pautas comportamentais exigíveis sob ameaça de pena. Essa função comunicativa pode ser vista, contudo, como uma derivação da própria proteção à legalidade, a qual se apresenta, de fato, em dupla dimensão. Por um lado, protege o cidadão do arbítrio estatal ou, dito de outro modo, impede que o Estado imponha pena em razão de comportamentos não previstos como crimes (*função de garantia da legalidade*). Por outro lado, desta primeira tarefa extrai-se a segunda, uma vez que esta publicidade das condutas criminosas também serve como informativo a todos acerca da existência e conteúdo das infrações, sendo a *função de comunicação*, portanto, inerente a esta própria configuração.[2]

1. Histórico a respeito da evolução do conceito de tipo e tipicidade: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 73-88. Evolução da relação entre tipo e antijuridicidade: REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 38 e ss.
2. Essa função de comunicação, tida aqui em perspectiva mais neutra, pode ser entendida também como *função motivadora*, na medida em que, ao

A função denominada dogmática, igualmente, aponta para estreitos laços com a legalidade penal. Cuida-se da repercussão da função de garantia na elaboração da teoria do delito. Se o atípico é o indiferente ao sistema criminal, natural é a percepção da tipicidade como crivo inicial da estrutura do delito, não fazendo sentido qualquer perquirição mais profunda ou juízos maiores de valor àqueles comportamentos não abarcados pelas descrições típico-legais.[3] O atípico, por isso mesmo, será sempre aquele comportamento criminalmente desimportante, podendo ou não ser admitido como ilícito pelos outros ramos do ordenamento jurídico.

Igualmente, pode-se pensar em relevante *função sistemática ou de ordenação* exercida pelos tipos legais, os quais permitem o agrupamento de delitos sob categorias maiores (*bens jurídicos*) e, em consequência, uma disposição racional (*tópica*) própria da noção de codificação.[4] Dito de outro modo, a Parte Especial dos códigos, como repositório de valores de certa comunidade, expressa esta valoração sempre pela existência de tipificações várias que, em seu conjunto, compreendem os comportamentos penalmente relevantes.

Estas funções do tipo penal (*garantia*, *comunicação*, *dogmática* e *sistemática ou de ordenação*), bastante imbricadas, podem ser objeto de diversas investigações. O que almeja este art., sem nenhuma pretensão

cientificar o cidadão do conteúdo proibido, igualmente influi no seu comportamento. Essa assertiva, entretanto, encontra obstáculos na própria capacidade das ciências sociais em determinar qual seria essa real capacidade de influência, por exemplo, intimidatória, realmente exercida pela norma. Poder-se-ia dizer que se trata de uma motivação "em potencial". Sobre esta questão, vide: Cuesta Aguado, Paz Mercedes de La. *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 69-70; Salvador Netto, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 49 e ss.

3. Essa função dogmática está estritamente vinculada com a ideia de tipo legal, ou seja, com a primeira etapa de verificação do crime na teoria do delito. Assim, na lição de Cirino dos Santos, o "tipo legal constitui a descrição do comportamento proibido, com todas as suas características subjetivas, objetivas, descritivas e normativas, realizada na parte especial do Código Penal (e leis complementares)" Santos. Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 105.

4. Acerca desta racionalidade e ordenação da Parte Especial dos Códigos: Costa, José de Faria. *Direito penal especial: contributo a uma sistematização dos problemas da Parte Especial*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007, passim.

para além de algumas reflexões, é a análise da relação entre os elementos típicos construídos em face de sua perspectiva dogmática e as contribuições, ou contratempos, que ofertam para a outra função mais importante, qual seja, a de garantia. Busca-se constatar a capacidade dos instrumentos dogmáticos em construir um sistema que alcance o ideal de garantia da legalidade, em sua definida dimensão político-criminal. Em suma, a questão proposta é se os elementos do tipo seriam aptos a garantir a efetividade do princípio da legalidade.

Neste exato ponto, aparecem como especialmente problemáticos os denominados elementos normativos, cujo preciso significado apenas pode ser alcançado mediante recursos de interpretação. Os tipos penais abertos, dotados destes elementos, devem sofrer um crivo, de modo a se constatar, quantitativamente, os limites entre possibilidades interpretativas e a completa desnaturação típica de sua função de garantia. Em outras palavras, as reflexões residem na necessidade de busca de uma fronteira, talvez um tanto fluída, capaz de separar a acessoriedade admitida, da completa abertura capaz de justificar as mais ambíguas e controversas interpretações.

Dois aspectos aqui devem conviver, porém sempre com o risco de se tornarem mutuamente destrutivos. O primeiro deles, já frisado, diz respeito ao compromisso de medir a adequação da tipicidade penal sempre em vista da garantia da legalidade (*função de garantia*). A melhor doutrina do tipo penal, por definição, é aquela mais comprometida com a clareza e precisão dos comportamentos abstratamente entendidos como criminosos. O segundo aspecto, que não pode ser ignorado, consiste na percepção de uma sociedade cujas estruturas não mais são tranquilamente descritas, exigindo a utilização de conceitos de diversas origens e naturezas. A própria proliferação dos institutos jurídicos contribui no aprofundamento deste problema. Afinal, o direito protegendo a si próprio impõe uma série de conhecimentos pressupostos, os quais invadem a esfera penal. Muito mais simples, por exemplo, compreender o que é *coisa alheia móvel*, do que *warrant*.[5] O significado do primeiro

5. Faz-se aqui alusão ao art. 178 do CP brasileiro, tipificando a *emissão irregular de conhecimento de depósito ou* warrant. A norma penal destina-se a assegurar a correta emissão de títulos de crédito de garantia. O intérprete, porém, para saber o exato sentido destes termos, obriga-se ao estudo do Direito Comercial. Apenas neste outro ramo jurídico poderá perceber que: "O conhecimento de depósito e o *warrant* constituem os chamados, por

deriva quase que da vida diária, enquanto o do segundo exige um saber técnico, especializado.

De todo modo, para esta análise é necessária a verificação dos elementos objetivos do tipo penal, suas conformações teóricas e, principalmente, em que medida eles podem ou não cooperar para a manutenção de uma tipicidade ideal, ou seja, dotada de certeza e precisão na descrição das condutas humanas. Os exemplos concretos serão extraídos da própria legislação brasileira.

2. A GARANTIA DA LEGALIDADE E OS ELEMENTOS DO TIPO

Desde a elaboração de Welzel a respeito do conceito de ação final, deduzida de uma perspectiva ontológica, criou-se certo consenso em relação aos elementos dogmáticos que compõem o tipo penal. Ao menos analiticamente, pode-se atestar, sem maiores objeções, que a *tipicidade objetiva* é articulada por meio de elementos objetivo-descritivos, objetivo-normativos e objetivo-subjetivos.[6] Ao lado desta tipicidade objetiva haveria outra subjetiva (*tipicidade subjetiva*), detentora do dolo e da culpa (elementos subjetivos principais), além de elementos subjetivos especiais, a qual, para o presente estudo, não apresenta maior importância.

O crivo do respeito ao princípio da legalidade pode ser feito por meio da análise de ambas as dimensões da tipicidade. Aqui em razão de

Waldemar Ferreira, títulos armazeneiros, sendo emitidos por empresas de Armazéns Gerais e entregues ao depositante, que com eles fica habilitado a negociar as mercadorias em depósito, passando assim a circular, não as mercadorias, mas os títulos que a representam. (...) O conhecimento de depósito e *warrant*, na conceituação de Carvalho de Mendonça, são títulos à ordem emitidos sobre gêneros ou mercadorias em depósitos; trata-se, o conhecimento de depósito, de título de representação e legitimação, enquanto o warrant é título causal, consistente em promessa de pagamento" BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de crédito*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 457-458.

6. Esta categoria dos elementos objetivo-subjetivos não costuma aparecer na doutrina brasileira, a qual opta por dividir os elementos do tipo objetivo apenas em descritivos e normativos. Assim, elementos que se destinam a qualificar objetivamente o autor não ganham especial destaque. Os autores nacionais preferem utilizar a expressão "elementos subjetivos" somente no tocante aos componentes do tipo subjetivo, tanto geral quanto especial. Nesse sentido: BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 1, p. 262-263; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, vol. 1, p. 371-379.

espaço, porém, as atenções estarão focadas na tipicidade objetiva e, em consequência, o seu peculiar compromisso e forma de articulação desta garantia de legalidade penal.

A maior facilidade de abordagem exige uma explicação preliminar. Todos os elementos do tipo objetivo são, por definição, objetivos. Entretanto, isso não quer dizer que não possam fazer referência a características do potencial autor, algo constante nos delitos especiais ou próprios,[7] ao sempre exigirem um *agente qualificado*. O Código Penal, ao restringir a imputação de peculato, em regra, ao funcionário público e, por esta via, distingui-la da apropriação indébita, cria a imprescindibilidade de um sujeito especial, usando para isso um elemento objetivo, ou seja, a própria expressão *funcionário público*. O mesmo pode ser dito no tocante ao falso testemunho, o infanticídio, crimes falimentares que fazem menção ao falido etc. A utilização de elementos que se referem ao agente não significam que estes sejam vistos como subjetivos. Ao contrário, tais elementos objetivo-subjetivos distinguem-se daqueles propriamente subjetivos, uma vez que estes últimos integram, nos dizeres de Welzel, a intencionalidade do agente. Não se confundem, portanto, os elementos de intencionalidade com aqueles outros que caracterizam ou qualificam o agente. Os primeiros são subjetivos e fazem parte da tipicidade subjetiva, estes últimos (objetivo-subjetivos) residem na tipicidade objetiva.

Ocorre que estes elementos que caracterizam o agente (objetivo-subjetivos) podem assumir uma feição descritiva ou normativa. Poder-se-ia dizer que no cerne de tais elementos objetivo-subjetivos existe uma subdivisão entre elementos *objetivo-subjetivo-descritivos* e elementos

7. No Brasil, tradicionalmente, assim como nos países de herança romano-germânica, os termos delitos próprios ou especiais são utilizados basicamente como sinônimos. Apenas mais recentemente, a doutrina alemã e espanhola tem preferido utilizar a expressão delito especial em detrimento da nomenclatura latina delito próprio. Isso principalmente em razão da classificação feita nas categorias de "delitos propriamente especiais" e "delitos impropriamente especiais". Os primeiros seriam aqueles delitos que apenas existem quando praticados por agentes qualificados (exemplo: prevaricação ou falso testemunho). Os segundos, ao contrário, apontam condutas que, se cometidas por agentes sem qualificação, permanecem delituosas, modificando-se apenas a tipificação (exemplo: infanticídio ou peculato). Estudo profundo e completo a respeito, vide: Ortiz, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 84 e ss.

objetivo-subjetivo-normativos. Por este motivo, e mesmo no âmago dos aspectos pessoais da tipicidade objetiva, o problema maior acaba por residir na velha dicotomia entre os elementos descritivos, vistos por Beling, e os normativos percebidos pelos penalistas neokantianos. Neste ponto, não faz muita diferença, em que pese à importância analítica reconhecida, se a descrição ou normatividade paira sobre elementos que dizem respeito ao próprio comportamento ou às qualificações naturais, jurídicas ou sociais do autor. Para a avaliação do compromisso da tipicidade objetiva com a legalidade, problema mais afeto aos elementos normativos, parece um pouco excessivo a separação entre vocábulos destinados a narrar condutas ou a especializar o autor.

Um exemplo pode ser esclarecedor. A comparação dos elementos objetivo-subjetivos *funcionário público* (previsto no art. 312 do CP) e *mãe* (implicitamente estatuído no art. 123 do CP) é paradigmática. No primeiro caso, haveria – ao menos para a maior parte da doutrina – um elemento objetivo-subjetivo-normativo, apenas compreendido mediante o recurso a esferas jurídicas não penais. Tanto é assim, que a própria dificuldade de delineamento do conceito de funcionário público levou o legislador penal a estabelecer uma definição quase-autônoma, conforme a redação do art. 327 do mesmo Código Penal brasileiro. Na hipótese do infanticídio, ao contrário, a necessidade de cometimento do delito por parte da mãe, algo que se extrai da exigência do estado puerperal e da expressão "próprio filho", assemelha-se a um conceito descritivo, haja vista que o conteúdo da implícita expressão *mãe* é de fácil apreensão, não sendo necessários maiores juízos de valor.

Por isso mesmo, o problema dos elementos do tipo objetivo, em sua referência de garantia à legalidade, emerge principalmente da utilização mútua de elementos normativos ou descritivos no processo de tipificação, não importando, frise-se uma vez mais, se destinados a narrar fatos ou qualificar agentes. O que se pode dizer, a princípio e em tese, é que a utilização de elementos descritivos aproxima mais os tipos do ideal de legalidade (*taxatividade*), enquanto os elementos normativos dão azo a possíveis divergências de interpretação.

Não é por acaso que a própria denominação de tipicidade fechada é atribuída àqueles tipos penais capazes de, *sem qualquer questionamento maior, demonstrar qual o comportamento humano visado pelo legislador*.[8]

8. Salvador Netto, Alamiro Velludo. Op. cit., p. 35.

Outra maneira de se fazer esta afirmação seria dizer que se cuida de tipos penais dotados de elementos preponderantemente descritivos. Ao contrário, a tipicidade aberta seria o resultado da utilização de elementos normativos, os quais demandam uma espécie de interpretação complementadora, refletindo conceitos construídos em outros campos do direito ou, ainda, dos valores e referências sociais.[9]

O reconhecimento dogmático dos elementos normativos, aliás, refletem esta vinculação direta que possuem com *valorações*. Aparecem inicialmente estes conceitos com os autores neokantianos, destacando-se Mayer e Mezger. Percebem estes autores que, ao contrário do postulado por Beling, o tipo não é meramente descritivo. O intérprete não possui com a lei penal uma simples relação de reconhecimento. Longe disso, a interpretação é essencial ao sentido da norma e, mais ainda, é constitutiva do seu próprio discurso. Em resumo, a norma penal não é objeto pronto para a apreensão, mas demanda uma interpretação que a realize em sua integralidade. Isso aparece claramente com conceitos, por exemplo, como o de "mulher honesta", originalmente previsto no Código de 1940 na narrativa dos delitos de posse sexual mediante fraude e rapto. O perpassar histórico muda e estreita gradativamente a sua compreensão, até a situação-limite de completa inadequação e, em consequência, revogação legislativa.[10] Não parece duvidoso que

9. Estas valorações podem não estar restritas aos elementos objetivo-normativos, podendo decorrer de elementos subjetivos ou mesmo de normas gerais como aquelas que determinam as posições de garantidor (relevância da omissão). Nesse sentido: "Os arquétipos de tipos abertos consistem naqueles formatos onde se permitiria a interpretação, ou seja, a conduta e o resultado não estariam sensorialmente ligados por um nexo de causalidade. Como formas inequívocas de modelos abertos inserir-se-iam os crimes culposos (violação do dever objetivo de cuidado), os crimes omissivos impróprios (valoração do conceito de garante) e os crimes definidos por vocábulos não inferidos do universo exclusivamente penal (elementos normativos do tipo – jurídicos ou culturais)" SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Op. cit., p. 38.

10. O elemento normativo *mulher honesta* destinava-se a subtrair a tutela penal de certas vítimas mulheres de crimes sexuais, então denominados contra os costumes, tendo em vista que estas não se adequariam ao devido comportamento e recato exigido à época. "(...) as anteriores considerações tidas na lei brasileira quanto à necessária observância do conceito de honestidade da mulher para se perfazerem os crimes como os descritos nos tipos de posse sexual mediante fraude ou o rapto, antes da

elementos normativos, como conceitos a serem interpretados, podem abrir a tipicidade, permitindo a inclusão de situações que circundam ao seu redor.

O problema reside, portanto, nos limites desta interpretação, responsáveis por evitar o surgimento de *não tipos*, verdadeiros arremedos de tipificação, isto é, de previsões legais de tamanha elasticidade que se tornam incompatíveis com a mínima exigência da certeza concernente ao princípio da legalidade. Esta questão, contudo, merece um aprofundamento, principalmente a se considerar que tais valorações possuem como matéria-prima tanto concepções sociais como conceitos jurídicos extrapenais, aparecendo, exatamente aí, a problemática, muito discutida atualmente, da acessoriedade.

3. Elementos normativos e interpretação

Os elementos normativos utilizados na tipificação penal podem ser divididos em duas categorias. De um lado estão aqueles que se referem a conceitos ou normas jurídicas (valoração jurídica), de outro se encontram os fundados em juízos de valor extrajurídico, lastreados na experiência, na sociedade ou na cultura. Regis Prado intitula estes elementos em *normativos jurídicos* e *normativos extrajurídicos ou empírico-culturais*.[11]

Exemplo de elementos normativos extrajurídicos pode ser encontrado no crime de injúria, oportunidade em que a denominada honra subjetiva deve ser afrontada na *dignidade* ou *decoro* da vítima[12] (art. 140

Lei 11.106/2005, fizeram deletéria consideração exclusiva quanto a certas mulheres, de pronto excluídas do amparo da proteção da norma penal" Silveira, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 247-248.

11. Prado, Luiz Regis. Op. cit., p. 372-373.

12. Fundamental perceber que estes conceitos são fortemente elaborados pela doutrina em seu processo de interpretação, sempre buscando balizar as assertivas em percepções da realidade social-cultural. Em destaque transcrição de uma das versões doutrinárias e explicativas destes conceitos: "Lexicologicamente, dignidade e decoro são sinônimos, mas, na lei, apresentam nuanças. A primeira é o juízo que a pessoa tem da própria honra ou honorabilidade, que é ofendida com expressões como 'ladrão', 'estelionatário', 'pederasta' etc. Decoro é a decência, respeitabilidade e consideração que merecemos e que é lesado, v.g., quando se chama alguém de 'estúpido', 'ignorante', 'arara' etc. Já agora, não há ofensa à honra – ser apoucado de inteligência não é desonroso – mas lesão ao

do CP). Outro elemento claramente normativo encontra-se do delito do art. 233 do CP, proibindo a prática de *ato obsceno*. A definição desta expressão compreende necessariamente toda dimensão social da sexualidade, adentrando no intrincado problema do referencial moral como elemento da tutela penal.[13]

O mais importante é perceber que nestes casos, nos quais o legislador utiliza conceitos normativos extrajurídicos, os discursos doutrinários (e jurisprudencial) assumem, notoriamente, um caráter constitutivo do verdadeiro sentido e alcance da proibição. O intérprete não se resume a ser um mero *reconhecedor* do conteúdo legislado, sua função, ao contrário, é integradora e, mais ainda, imprescindível. Esses elementos não possuem aplicabilidade isoladamente, dependem de outro discurso que a eles se sobrepõe e complementa. O exato sentido, e.g., de *ato obsceno* deriva, assim, não apenas da letra da lei (discurso do direito), mas da combinação entre esta e todos os demais discursos que se destinam a "falar" desta lei. O legislador, desta forma, transfere ao intérprete um espaço de complementação, tornando o doutrinador e os juízes um pouco legisladores da relação entre norma e caso concreto. Daí o surgimento de atritos entre a utilização destes elementos e o princípio da legalidade.

Do mesmo modo se apresentam os elementos normativos jurídicos nesta conflituosa relação com a legalidade. Entretanto, aqui a questão é um pouco mais delicada. Ao se utilizar de referências jurídico-extrapenais, o sistema criminal, para além de justificar sua alegada natureza sancionatória ou de reforço, alcança uma curiosa dependência destes outros sistemas. Trata-se do que mais contemporaneamente resolveu-se chamar *assessoriedade*.[14] O fenômeno não se esgota na relação entre

respeito pessoal" NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 131. vol. 2.

13. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 139-150.

14. A expressão acessoriedade consagrou-se principalmente em razão da denominada acessoriedade administrativa, ou seja, a dependência da tipificação penal de decisões da administração pública em matéria, principalmente, ambiental. A questão aqui não se resume a este aspecto, o que colocaria em dúvida e própria validade na utilização da expressão. Por este aspecto, prefere-se a expressão assessoriedade que, nas palavras de Helena Lobo da Costa, melhor descreve o que se pretende: "(...) acredito que a grafia assessoriedade administrativa descreve o fenômeno de modo mais exato, pois remete a ideia de assessorar, ou seja, auxiliar na construção do tipo penal. Assim, abarcam-se não só as situações de efetiva dependência, mas

direito penal e administrativo, mas igualmente alcança diversos outros setores do ordenamento, com destaque para o Direito civil, comercial, falimentar, tributário e bancário.

Vale reproduzir os três diferentes tipos de assessoriedade retratados por Gallego Soler, ainda que com especial destaque para o direito administrativo. São eles: (a) assessoriedade conceitual, (b) assessoriedade do direito administrativo e (c) assessoriedade com respeito a atos da administração.[15]

Conforme já destacado, embora a ideia de assessoriedade tenha surgido inicialmente para a tutela penal de relações já reguladas pela administração, e derive inclusive daí toda noção de *direito penal acessório*, este conceito pode ser também utilizado para a compreensão dos próprios elementos normativos típicos, principalmente na amplitude que pode ser admitida nos casos de dependência conceitual. Ressalva-se que a utilização da ideia tradicional de "acessoriedade" costuma conduzir a uma crítica ainda que velada, já que coloca sempre em dúvida a legitimidade penal de funcionar como reforço da imperatividade das determinações executivo-estatais. Essa carga crítica do conceito também não parece impedir a possibilidade da ideia da assessoriedade ser usada na análise dos elementos normativos jurídicos em geral, pois sua capacidade explicativa é bastante promissora.

Embora a assessoriedade conceitual seja aquela que apresenta menor dependência de sentido dos tipos a outras esferas jurídicas, graças a certa autonomia penal na construção de conceitos, inegável é a atual existência destes elementos nas criminalizações. Ainda que os crimes patrimoniais já ensejassem este vínculo entre conceitos penais e privados, os novos ramos de atuação penal dificultam cada vez mais autonomias conceituais, criando laços estritos de dependências. Os próprios crimes falimentares, os quais não são novidades no Direito penal, já traduziam esta problemática, exigindo certa interdisciplinaridade em seu estudo.[16]

também aquelas de mera complementação conceitual ou normativa" COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

15. GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 92.

16. RUBENS REQUIÃO já atestava que: "Com efeito, a tendência normal dos comercialistas e penalistas é afastar do âmbito de seus estudos os crimes falimentares: os primeiros consideram a matéria nitidamente de natureza

Para além desta dependência conceitual mais perceptível, há a possibilidade de assessoriedade de todo um corpo ou conjunto normativo, o que ocorre, por exemplo, no preenchimento do conceito de *gestão temerária* pelas normas administrativas do Banco Central do Brasil, as quais determinam os padrões de comportamentos aceitáveis na administração de instituições financeiras (art. 4.º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986). Cuida-se, assim, de um poder normativo da administração que, por meio de um conceito "ponte", acaba por receber toda a proteção penal como reforço de cumprimento. É como se uma única norma penal fosse capaz de criminalizar centenas de outras normas não penais, no caso, administrativas. A afronta a legalidade decorre não apenas do ente produtor das normas, já que se confere, por via transversa, um poder de criminalização à administração, mas principalmente da própria capacidade do cidadão em compreender o que é lícito ou ilícito, ou seja, é ceifada, em boa parte, a *função típica de comunicação*.

Por fim, pululam na lei penal os casos de dependência de atos da administração, o que comumente se caracterizou como a "acessoriedade administrativa" em sentido estrito. Nestes casos, os elementos normativos vivem em potencial, já que condicionam a ocorrência concreta do tipo penal a decisões específicas da administração. Diferenciam-se das normas penais em branco porque estas são dependentes de normas administrativas gerais, que não se referem a casos concretos, como por exemplo, as portarias da Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa) que define quais as substâncias entendidas como drogas.[17] No caso desta categoria de assessoriedade, depende-se da decisão administrativa,

penal, e os criminalistas alegam vinculação íntima com o direito falimentar, matéria do domínio do direito comercial (...)" REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 2, p. 153. No mesmo sentido: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. O sistema penal na lei de falências e recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 09.02.2005. In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 381. vol. 2.

17. Ao comentar o art. 1.º da Lei 11.343/2006, GRECO atesta: "Expressamente em lei, por opção consciente, repete que os delitos de tráfico de entorpecentes e correlatos são norma penal em branco. Assim, nos termos do parágrafo único, a definição do tipo de substância que deve ser considerada droga é remetida ao que estiver especificado em lei ou relacionado em listas administrativas" GRECO FILHO, Vicente. *Drogas: prevenção, repressão*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98.

como no caso do art. 29 da Lei 9.605/1998, cujo crime contra a fauna apenas ocorre se o agente estiver desprovido da *devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente*. Por esta razão, não parece incorreto dizer que, em casos como esse, mais do que a proteção condicional ao bem jurídico, se está a tutelar penalmente o devido cumprimento das exigências administrativas para a execução de uma atividade. Em suma, o crime deixa de ser a conduta em si, mas alcança sim a sua realização sem a devida anuência da administração, fator que coloca em forte dúvida a existência de lesividade material do comportamento.

Estas afirmativas permitem constatar a tensa convivência destes elementos denominados normativos (jurídicos ou extrajurídicos) e garantia de eficácia do princípio da legalidade almejada pelo tipo penal. Na medida em que os elementos objetivo-descritivos cedem espaço, a ideia de taxatividade gradativamente torna-se mais rarefeita. A pergunta que volta a assombrar, portanto, seria aquela que indaga a respeito dos limites de utilização destes elementos normativos, ou seja, até que ponto sua excessiva utilização transformaria um tipo penal em *não tipo*.

Esta problemática demanda, ainda, dois aspectos a serem considerados. O primeiro deles reside na própria complexidade social, a qual, por um lado, exige uma tutela penal que se utilize, cada vez mais, de elementos normativos e, por outro, acaba por acatar uma maior flexibilidade nos graus de certeza típicos. Assim, o recurso aos elementos normativos vem acompanhado de um discurso que, em certa medida, legitima-o, sob a justificativa da própria complexidade moderna das condutas alçadas à qualidade de crimes, incomparáveis com aquelas derivadas da tradição do bem jurídico pessoal. O segundo ponto diz respeito à própria questão normativo-interpretativa, na medida em que se percebe que a separação entre elementos descritivos e normativos não está na dualidade *reconhecimento* ou *interpretação*. Trata-se, na verdade, de uma questão de grau. Ambos necessitam a interpretação e, por isso mesmo, da tarefa complementar de sentido aperfeiçoada pelo intérprete. Pode-se apenas ser dito que esse grau de dependência interpretativa é menor no caso dos elementos objetivo-descritivos, porém jamais se pode afirmar que ele inexiste. Por isso, a diferença entre ambos não é propriamente qualitativa, mas sim quantitativa. A repercussão disso na taxatividade penal a transforma, do mesmo modo, em questão de grau, voltando-se ao dilema do limite do tolerável.

4. Graus de taxatividade e complexidade conceitual

O homicídio, a mais singela redação típica do ordenamento brasileiro, normalmente é apresentado como portador de elementos exclusivamente objetivo-descritivos. Afinal, a norma do art. 121 do CP (matar alguém) expressaria, por si só, o seu conteúdo, sem a necessidade de maiores aprofundamentos ou perquirições. Não há dúvidas que a tipicidade, neste exemplo, é bastante fechada e, ao mesmo tempo, que o significado de *matar* ou *alguém* não permitem tantas indagações. Contudo, incorreto seria afirmar a completa desnecessidade de qualquer interpretação. Esta proibição, mesmo sucinta, apenas faz sentido em determinado contexto, cultural e jurídico. Um exemplo limite se faz imaginando um Estado escravocrata, bem como a respectiva concepção do escravo não como pessoa – mas como coisa – e isso já seria suficiente para excluir, ou pelo menos problematizar, a inserção das pessoas-escravas como abarcadas pelo elemento *alguém* previsto no tipo.[18] Por detrás da expressão, como hoje se entende, há, portanto, toda uma dimensão política, de valoração de ideias como igualdade e inviolabilidade da vida, estendida indistintamente a todo e qualquer ser humano.

O mesmo pode ser dito em outros elementos tradicionalmente vistos como objetivos, a exemplo de *coisa alheia móvel* nos crimes patrimoniais, destacadamente o furto. Há igualmente nesta hipótese uma necessária interpretação diante de questionamentos levantados: seriam os navios, imóveis por definição do direito privado, móveis para fins penais? E os semoventes? Como tratar a questão da energia elétrica ou do sinal de televisão a cabo? Independentemente da resposta, estas perguntas apenas sugerem que, mesmo os elementos mais identificados como objetivo-descritivos, na verdade demandam, com intensidade mais baixa, interpretações jurídicas ou sociais. São, na verdade, *elementos de menor normatividade* que, na classificação doutrinária, acabaram ganhando denominação autônoma.

18. No caso brasileiro, ressalta-se que o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, conviveu durante praticamente todo o período imperial com a escravidão, definitiva e legalmente abolida apenas em 1888. Este Código Criminal trazia o homicídio em seu art. 192, o qual continha a expressão *matar alguém*, com extensão evidentemente bastante distinta da que se verifica hoje. Pequeno histórico da legislação em: Pierangeli, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 65-74.

Em todas as dimensões da teoria do crime, o avanço da dogmática penal espalhou a percepção normativa do delito como um todo. A culpa, a omissão, os crimes de perigo, a noção de risco no cerne da imputação objetiva,[19] enfim, há uma normatização geral dos elementos do crime. O mesmo ocorre quando se fala da tipicidade objetiva, ou seja, gradativamente se reconhece que os elementos integrantes são todos eles normativos, ainda que com maior ou menor intensidade e, em consequência, visibilidade por parte do jurista.[20] Não há, em caso algum, uma mera percepção sensorial, mas sempre a dependência de uma interpretação integradora. O que modifica é a carga integrativa do sentido, ora presente mais presente no próprio tipo (*elementos objetivo-descritivos* – portadores de menor normatização), ora na produção do intérprete (*elementos objetivo-normativos* – portadores de mais alta normatização).

De todo modo, outro fator que influencia sem precedentes esta abertura da tipicidade penal é a complexidade social e, neste aspecto, a denominada *expansão do direito penal*.[21] Na medida em que é exigida do sistema penal a tutela de comportamentos até então a ele estranhos, como atividades financeiras, econômicas, produtivo-industriais, toda uma nova gramática é incorporada, e como tal, já previamente dotada de sentidos que são transportados, sem maiores mediações, aos tipos penais. Esta expansão do direito penal, portanto, não rompe apenas com o paradigma do bem jurídico pessoal, mas irrompe-se nas estru-

19. Posição bastante conhecida é aquela que atesta ser a definição do risco, na imputação objetiva, o caminho para a definição do tipo objetivo, em todos os crimes, quer sejam comissivos, omissivos ou culposos (culpa *stricto sensu*). Nesse sentido: CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 190.

20. Por razões metodológicas, a análise compreendida no texto se refere exclusivamente aos elementos normativos, sem adentrar no mérito da total normatização do tipo que pode ser visualizada em teses funcionalistas, como, por exemplo, a proposta de Roxin, a qual insere no juízo de tipicidade critérios outros, destacando-se a criação do risco juridicamente desaprovado. Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

21. Já clássica a obra: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. No direito brasileiro, vale menção trabalho que relaciona a expansão do direito penal, especificamente, com os modelos de tipificação: SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

turas típicas, na medida em que as ferramentas de então não mais se coadunam com as tarefas hoje exigidas.

A assessoriedade, como um todo, é uma consequência profunda desse processo, simbolizando um reflexo dogmático de uma alteração maior, de nítido viés político-criminal. Independentemente da legitimidade destas novas zonas de tutela penal, o que não é objeto destas reflexões, o instrumento típico destas já não tão novas criminalidades são os elementos normativos, uma vez que fazem a conexão necessária entre o Direito penal e as outras esferas jurídicas. Como já foi frisado, embora isso não seja uma novidade, o volume ganhou contornos inéditos, principalmente na esfera administrativa, tributária, financeira e econômica em geral (como mercado de capitais, instituições financeiras etc.). Espaços estes, aliás, de alta complexidade e gramática bastante própria.

Considerado estes aspectos, independentemente da discussão paralela a respeito da legitimidade dos diversos bens jurídicos atualmente submetidos à tutela penal, não parece ferir o princípio da legalidade a existência de mera assessoriedade conceitual, principalmente a considerar a sua inarredável função de permitir um diálogo interno do ordenamento jurídico visto em sua completude. O fato do direito penal utilizar-se de conceitos expressos em outras áreas jurídicas não fere, genericamente, a legalidade, sendo decorrência natural da relativa dependência do sistema criminal ou, em outras palavras, de sua natureza sancionatória (reforço).

O aparecimento de "não tipos", e com isso o rompimento da noção de taxatividade mínima, pode ser observado, contudo, naquelas expressões típicas que atuam apenas como "pontes", transferindo para o cerne das criminalizações inúmeras normas extrapenais ou administrativas. Nestes casos, o legislador, por meio de um único tipo penal, acaba por criminalizar o descumprimento de diversas regras administrativas, o que desnatura inclusive a função penal de *ultima ratio*. Além disso, obriga o cidadão a *conhecimentos extraordinários* acerca do quanto realmente proibido, pois exagera na ficção jurídica, base do sistema, que afirma ser todo indivíduo sabedor do conteúdo do direito. É o caso, por exemplo, da inserção de inúmeras normas (regras) administrativas do Banco Central do Brasil no conceito de *gestão temerária*. Em suma, não é tolerável um suposto tipo que afirma, ainda que com outras expressões ou de modo subreptício, que se considera crime administrar instituição financeira em desrespeito a toda e qualquer norma ou regra atinente à matéria.

Entre estes pontos extremos de tolerância e intolerância da normatização dos elementos do tipo à luz do princípio da legalidade, inserem-

-se diversos outros controversos temas, dentre os quais a discussão a respeito da assessoriedade de atos administrativos (ou simplesmente *acessoriedade administrativa*) e dos elementos normativos extrajurídicos. Seja como for, o como já anunciado de antemão, fez-se aqui muito mais um refletir e levantar de problemas, do que propriamente o encontro de soluções prontas e acabadas, talvez inexistentes em seara tão complexa como a tipicidade penal.

5. Conclusões

1 – A função essencial da tipicidade penal, seu compromisso maior, relaciona-se com a garantia de efetividade do *princípio da legalidade penal*, a qual deve ser conferida em cada um dos tipos penais incriminadores. As demais funções, também relevantes, apresentam íntima conexão com a primeira, ou seja, da ideia da reserva legal extraem-se as tarefas típicas de *comunicação*, *dogmática* e *sistemática ou de ordenação*.

2 – Os elementos que compõem a tipicidade objetiva devem servir, igualmente, a confecção de criminalizações que se atenham a limites aceitáveis de taxatividade e precisão de sentido. Os tipos penais tradicionalmente denominados fechados, por esta razão, são aqueles que se utilizam, com preponderância, de elementos objetivo-descritivos, enquanto os tipos penais abertos identificam aqueles que recorrem, em maior extensão, aos elementos objetivo-normativos.

3 – Na medida em que os elementos objetivo-descritivos também são passíveis de interpretação integradora do conceito (portadores de menor normatização), a distinção entre estes e aqueles propriamente normativos não é qualitativa, mas sim quantitativa, variando apenas o grau ou profundidade da tarefa do intérprete. Assim, o questionamento passa a ser o limite de utilização de elementos normativos (ou assessoriedade em sentido amplo), sem que se desnature a taxatividade do tipo, convertendo-o em *não tipo*.

4 – A assessoriedade conceitual, por si só, não se apresenta como incompatível com o princípio da legalidade, atuando, a propósito, como ferramenta de integração e coerência dos mais diversos setores do ordenamento jurídico com o sistema criminal. Lesa, entretanto, a legalidade, a utilização de conceitos vagos e imprecisos, os quais apenas se prestam a trasladar diversas normas ou regras administrativas ao Direito penal e, em via oblíqua, criminalizar qualquer de seus descumprimentos possíveis. Entre esses pontos extremados, reflexões ainda merecem as outras formas de assessoriedade e normatização.

7
La proporción cuantitativa de las penas a los delitos en la reciente Reforma Penal

María Soledad Moreno López

Profesora Ayudante de la cátedra de Derecho penal de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

Área do Direito: Penal

Resumen: Este trabajo tiene por objeto dejar de manifiesto la deplorable situación en que se encuentra el principio de proporcionalidad penal en Chile a consecuencia de la reforma penal que se ha llevado a cabo en la última década. Se examina en él de modo crítico la posición de la doctrina nacional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como también los tres grupos de delitos que se han visto mayormente afectados, esto es: delitos patrimoniales, delitos contra la libertad sexual y delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes.

Palabras claves: Principio de proporcionalidad penal – Reciente reforma penal chilena – Tribunal Constitucional – Delitos sexuales – Delitos patrimoniales – Tráfico ilícito de estupefacientes.

Abstract: This work aims to make manifest the deplorable sitation that is the criminal proportionality principle in Chile as a result of criminal reform carried out in the last decade. It is examined critically the position of the national doctrine and jurisprudence of the Constitutional Court, and also the three groups of offences that have been mostly affected, i.e.: property crime, crimes against sexual freedom and offences relating to illicit drug trafficking.

Keywords: Proportionality criminal principle – Recent Chilean criminal reform – Constitutional Court – Sexual offences – Property crime – Traffic illicit drug.

Sumario: 1. Introducción – 2. Descripción general del tema en el Derecho chileno: 2.1 Legislación; 2.2 Doctrina; 2.3 Jurisprudencia – 3. Su reforma en los últimos años: exposición, factores determinantes y enjuiciamiento crítico: 3.1 Delitos sexuales; 3.2 Delitos patrimoniales; 3.3 Tráfico ilícito de estupefacientes – 4. Conclusión.

1. Introducción

Este trabajo tiene por objeto dejar en evidencia el modo en que la proporción que debe existir entre los delitos, en su gravedad objetiva y subjetiva, y las penas, ha sido una vez más quebrantado en la reforma penal de la última década, alterando la correspondiente armonía axiológica que debe encontrarse dentro del sistema penal. Esta necesaria proporción entre delitos y penas, a que nos referimos, en doctrina es denominada principio de proporcionalidad penal, esto es, en palabras de Ferrajoli, "el ajuste proporcional de la gravedad de los delitos a las medidas de la pena establecidas por el legislador sobre la base de la jerarquía de los bienes y de los intereses elegidos por él como merecedores de tutela".[1] Otro concepto, en un sentido más amplio, es el de Aguado Correa, quien lo entiende como el "límite al poder punitivo que opera tanto en la incriminación de conductas por parte del legislador como al momento de la aplicación judicial de la ley penal, e incluso en el de la ejecución de las penas y medidas de seguridad".[2]

Para un mejor entendimiento de este principio diremos que actualmente la doctrina, siguiendo la tendencia dominante en Alemania, ha llegado a un relativo consenso y considera que los requisitos de este principio en el mencionado sentido amplio son idoneidad del medio, necesidad de su empleo y proporcionalidad en sentido estricto o proporcionalidad de sus efectos.[3]

El requisito de la *idoneidad* del medio utilizado consiste en la exigencia de "que tanto la incriminación de una conducta como la consecuencia jurídica que se prevé o impone por su comisión sean aptas para alcanzar el fin, el objetivo, el resultado que las fundamenta. En otros términos, que la restricción sea realmente útil para el fin perseguido..., la pena debe ser un medio idóneo para tutelar el bien jurídico de que se trate".[4]

La *necesidad* del empleo de dicho medio "supone una valoración de la pena como un mal, como una 'inmoralidad *prima facie*' que sólo deviene legítima en cuanto no exista otro medio igual de eficaz para

1. Ferrajoli, *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 8. ed., 2006, p. 392.
2. Aguado Correa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid, Edersa, 1999, p. 114.
3. De La Mata, *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, cfr, p. 140.
4. De La Mata, op. cit., p. 148.

alcanzar aquellos fines de protección".[5] Es decir, la comprobación de la inexistencia de una opción menos gravosa o lesiva, dentro de aquellas idóneas que permiten lograr la misma finalidad.

Y la *proporcionalidad en sentido estricto* "para muchos autores parece coincidir con la proporcionalidad de las penas, mientras que otros la conciben como un balance de espectro más amplio entre los costos y beneficios de la norma penal",[6] pero, en ambos casos se nos sugiere de fondo, más intensamente que en los requisitos anteriores, la idea de *medida* de la pena en relación con los bienes jurídicos tutelados.

Es necesario precisar que este estudio intentará concentrarse en aquellos casos de desproporción que provienen de decisiones del legislador o proporcionalidad en abstracto, no así de las situaciones que se producen al momento de la determinación de las penas a manos de los jueces, o proporcionalidad en concreto.[7] Y de este modo, centrándonos en los embates provenientes desde el poder legislativo, nos abocaremos a evidenciar las situaciones de discordancia cuantitativa, y no cualitativa, concentrándonos, entonces, en la desproporción existente entre el *quantum* de la pena y el tipo penal, obviando la valoración que podríamos hacer respecto de si la clase de respuesta penal por la que el legislador ha optado responde o no a criterios de proporcionalidad. Sin perjuicio de lo anterior, habrá oportunidades en que será inevitable hacer algún comentario respecto de esta última cuestión.

Las afectaciones principales a este principio, dentro de la última década, se han dirigido fundamentalmente a tres materias: delitos patrimoniales, delitos contra la libertad sexual y delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes; tópicos que serán desarrollados en el cuerpo de este artículo.

2. Descripción general del tema en el Derecho chileno

2.1 Legislación

Analizada la legislación vigente podemos enunciar como premisa que el principio de proporcionalidad penal no se encuentra expresa-

5. Lopera, *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 233.

6. Lopera, op. cit., p. 233.

7. Para el análisis desde el punto de vista de la determinación judicial, cfr. Fuentes, El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena, en la revista *Ius et Praxis*, Talca, vol. 14, n. 2, año 2008.

mente establecido en nuestro sistema. Chile, como muchos otros países, no lo ha regulado de modo manifiesto ni a nivel constitucional ni legal, cuestión que ha hecho más dificultoso su reconocimiento jurisprudencial como criterio limitador del *ius puniendi*, asunto que revisaremos en las secciones siguientes.

Sin perjuicio de la falta de consagración expresa de este principio, y desde el punto de vista de la legislación, de todos modos debemos destacar que, como señala Guzman Dalbora, "el Código chileno, en su redacción original, estaba embebido de ese equilibrio, luego estropeado cuando no francamente desfigurado en algunas de sus reformas o por leyes especiales, de lo que son buen ejemplo respectivamente las modificaciones al título IX del libro II, sobre crímenes y simples delitos contra la propiedad, y la desdichada Ley número 20.000, de 12 de febrero de 2005, sobre estupefacientes",[8] resaltando desde ya el autor citado justamente dos de las tres cuestiones que serán abordadas en este trabajo.

2.2 *Doctrina*

De la revisión de la doctrina nacional podemos colegir que es evidente el escaso tratamiento que se ha dado al principio de proporcionalidad.[9]

Sin embargo, al parecer esto no sólo sería un defecto nacional, sino que como advierte Ferrajoli, "después de haber comprometido y apasionado el debate ilustrado, este difícil problema de ciencia de la legislación parece haber desaparecido del horizonte teórico de la cultura penalista, confirmando el ya apuntado abandono del punto de vista externo por parte de ésta y su actitud acríticamente contemplativa en relación con el derecho vigente".[10]

8. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008, p. 47.

9. Así lo constatamos en ETCHEBERRY, *Derecho penal, Parte general*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. I, 3. ed., 1998, p. 35; POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte general*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2. ed., 2004, p. 52, 53 y 66; NOVOA, *Curso de Derecho penal chileno, Parte general*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. I, 3. ed., 2005, p. 272 y 274; GARRIDO, *Derecho penal, Parte general*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2. ed., 2005, p. 49.

10. FERRAJOLI, op. et ed. cits., p. 399.

En todo caso, y a falta de tratamiento sistemático de nuestro argumento, de todos modos encontramos que la doctrina nacional sí se ha pronunciado al momento de enjuiciar el contenido concreto de las últimas reformas penales desde el punto de vista de la vulneración o no del principio en comento, opiniones que destacaremos oportunamente en el cuerpo de este trabajo, reiterando que más que un tratamiento metódico, lo que ha existido es una análisis casuístico de este asunto, sin desmerecer por cierto el avance doctrinal que ello implica, pero que deja de manifiesto la insuficiente importancia que se le da al tema.

En este contexto resulta claramente alentador el análisis global llevado a cabo por Ossandon Widow en su reciente publicación,[11] donde hace un estudio pormenorizado de este principio y de las exigencias que derivan de él para al legislador.

2.3 *Jurisprudencia*

Desde esta perspectiva ha resultado relevante examinar el papel que ha jugado nuestro Tribunal Constitucional frente al principio de proporcionalidad penal.

En el análisis realizado hemos encontrado que son múltiples las ocasiones en que se ha requerido su intervención a propósito del principio en cuestión. Nos referimos básicamente a las sentencias Rol 787-07, 797-07, 825-07, 829-07 y 1276-08,[12] en que de modo directo o indirecto ha correspondido a dicha magistratura pronunciarse respecto de la constitucionalidad de ciertos preceptos legales puestos en cuestión justamente por conflictos de proporcionalidad. Específicamente los requerimientos han recaído sobre el inciso primero del artículo 450 del Código penal, que ordena castigar como consumadas las etapas imperfectas de desarrollo del delito en ciertos casos de robo.[13]

11. *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, cfr, p. 461-486.

12. Sentencia Rol 787-07 de 18 de diciembre de 2007, Sentencia Rol 797-07 de 24 de enero de 2008, Sentencias Rol 825-07 y 829-07 ambas de 6 de marzo de 2008 y Sentencia Rol 1276-08 de 7 de mayo de 2009. Todas disponibles en www.tribunalconstitucional.cl.

13. "*Art. 450. inciso primero*: Los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo 440 del párrafo 3 de este Titulo se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa".

Sin embargo, y pese a la existencia de votos disidentes, ha sido invariable la postura del órgano jurisdiccional. Una y otra vez ha resuelto que se trata de un asunto de política criminal que el legislador es libre de determinar, teniendo como único límite básico la prohibición de establecer apremios ilegítimos, tratos crueles e inhumanos. En este contexto decide del siguiente modo: "En efecto, a éste [el legislador] se le encarga privativamente asignar penas a los delitos con el fin de proteger a la propia sociedad de su comisión. Dentro de ciertos márgenes constitucionales, como son la prohibición de aplicar apremios ilegítimos, tratos crueles e inhumanos o la pena de muerte fuera de los casos exceptuados, la mayor o menor severidad con que se castiguen determinados delitos cae dentro de la esfera de discreción del legislador en su legítimo afán por prevenir su ocurrencia",[14] y señala además, para que no queden dudas, que "a esta Magistratura no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad que se apreciará en el considerando que sigue";[15] oportunidad en que el juzgador aclara que "imponer este gravamen y trato diverso no puede considerarse tan desproporcionado al logro del fin de prevención general asignado a las penas como para calificarlo de arbitrario o carente de razonabilidad".[16]

Contrasta este fenómeno con lo que ocurre, por ejemplo, en España, donde De La Mata Barranco destaca que "el principal artífice del auge del principio de proporcionalidad en el Derecho español ha sido el Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado expresamente sobre su formulación, contenido y reconocimiento en el Texto de 1978 en diferentes Sentencias, casi desde su creación, y aun cuando nuestra Constitución no consagre expresamente la vigencia del principio, como tampoco lo hacen, por otra parte, la mayoría de las Constituciones".[17]

A la luz de los antecedentes, pareciera que cabe preguntarnos si no podríamos pedir más a nuestro Tribunal Constitucional. La respuesta es

14. Sentencias Rol 825-07 y 829-07, considerando vigésimo.
15. Sentencias Rol 825-07 y 829-07, considerando vigésimo primero.
16. Sentencias Rol 825-07 y 829-07, considerando vigésimo segundo.
17. De La Mata Barranco, op. cit., p. 29.

afirmativa, pero ello requerirá un impulso fundamental de la doctrina que reclame más enérgicamente un control de la labor que lleva a cabo el legislador y el apego y respeto que los límites que la racionalidad propia de un Estado de Derecho deben imponerle. Podemos entender, aun cuando no aceptar, que sea el legislador el que reaccione menos racionalmente ante los mal entendidos reclamos de seguridad ciudadana, elevando las penas indiscriminadamente y rompiendo la armonía axiológica del sistema penal; pero no podemos consentir que el órgano jurisdiccional encargado de llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes se haga eco de ello, cobijándose en que en estos casos se trata de asuntos de política criminal en los que no se puede inmiscuir. Si esos asuntos de política criminal llevan al legislador a sobrepasar los límites del *ius puniendi*, el Tribunal Constitucional debe actuar cumpliendo con la función que la Constitución le ha encomendado.

3. Su reforma en los últimos años: exposición, factores determinantes y enjuiciamiento crítico

Como ya anticipáramos en la Introducción, para abarcar el desarrollo de este trabajo lo dividiremos en tres grupos, revisando cómo el legislador se ha comportado respecto del principio de proporcionalidad penal en su aspecto cuantitativo y en cada uno de los delitos en observación.

Comenzaremos por el análisis en el ámbito de los delitos sexuales, para continuar con los delitos contra el patrimonio, y concluir con el estudio de lo acontecido respecto de los delitos de estupefacientes.

3.1 Delitos sexuales

La Ley 19.617, que modifica el Código penal, el Código de procedimiento penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, publicada el 12 de julio de 1999, introdujo la más grande modificación que ha existido en el ámbito de los delitos que atentan contra la libertad sexual en nuestro sistema.

En un comienzo, el Poder ejecutivo buscaba adecuar las normas relativas simplemente al delito de violación, asunto que por propio impulso de la autoridad de gobierno fue ampliado a otros delitos de índole sexual, extendiéndose durante el debate parlamentario incluso a la modificación de la Ley 18.216, sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad, imponiendo como requisito para obtener la

libertad condicional en estos delitos, no el cumplimiento de la mitad de la pena, que es la regla, sino que de los dos tercios de ella.

Los comentarios respecto de esta Ley, que modificó el sistema penal en lo relativo a los llamados delitos sexuales, son múltiples y desde el punto de vista de la proporcionalidad penal hay varios aspectos relevantes que considerar.

Así, destacaremos aquellos que han persistido en el tiempo, pero también los que fueron rectificados luego con la reforma introducida por la Ley 19.927, que modificó el Código penal en materia de delitos de pornografía infantil, publicada el 14 de enero de 2004, por resultar en extremo ejemplificadores de lo que estamos tratando de demostrar, esto es, el absoluto abandono en que se encuentra el principio de proporcionalidad penal en su tratamiento por el legislador. Sin perjuicio de que, por supuesto, la última de las reformas citadas será también materia de análisis.

En primer lugar, y a raíz de la denuncia que hace Rodriguez Collao en cuanto a la confusión que se produce luego de la modificación respecto de cuál es el bien jurídico tutelado con estos delitos, surge justamente un problema de proporcionalidad cuantitativa que podemos evidenciar de la siguiente forma. El autor señala que "el planteamiento de que lo protegido por este grupo de infracciones es la capacidad de autodeterminación del individuo conlleva la afirmación de que estos delitos son una especie dentro del género de los atentados contra la libertad. Sin embargo, para que así fuera se requeriría que los atentados contra la *libertad sexual* estuvieran siempre dotados de igual o mayor gravedad que un atentado contra la *libertad en general*, pues sólo así se justificaría la existencia de un grupo de conductas caracterizado por la especialidad del ataque a la facultad de autodeterminación del individuo. En el ordenamiento jurídico chileno, los ataques sexuales, que se supone llevarían implícito el atentado a la libertad en general, no siempre tienen igual o mayor pena que los delitos específicamente orientados a la protección de este último valor. Así resulta de comparar, por ejemplo, la pena asignada al *abuso sexual* obtenido mediante amenaza (reclusión menor en cualquiera de sus grados), con la pena contemplada para el tipo genérico de *amenazas* (presidio menor en sus grados medio a máximo)".[18] Independientemente del comentario que pudiéramos hacer respecto del

18. *Delitos Sexuales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 121. La cursiva, en el original.

problema que se suscitaba con la imprecisión respecto del bien jurídico protegido, a todas luces, bajo ese razonamiento de especialidad, resultó desproporcionada la sanción del tipo genérico de amenazas del artículo 296 n. 1 del Código Penal, al constatar que su margen menor era superior al del abuso sexual obtenido mediante amenazas, esto es, el artículo 366 n. 1 del Código penal. Fue necesario esperar hasta el año 2004, con la reforma introducida por la Ley 19.927, para que el problema se subsanara en parte, puesto que el legislador optó, no por disminuir la pena del tipo de amenazas genérico, sino por elevar el margen inferior de la pena del abuso sexual obtenido mediante amenazas, estableciendo para el delito del artículo 366 del Código penal la de presidio menor en su grado máximo (tres años y un día a cinco años), con lo que salvó las incoherencias que había introducido con la reforma de 1999. De todos modos, cuando analicemos la modificación del año 2004, veremos que al corregir este problema se introdujo otro no menor del que se dejará constancia en los siguientes párrafos.

Las embestidas contra el principio de proporcionalidad penal introducidas por la reforma del año 1999 fueron múltiples. Muchas de ellas se intentaron subsanar con las modificaciones del año 2004; sin embargo aún persisten como emblemáticas, entre otras, las dos siguientes.

En primer lugar, respecto del delito de violación, sancionado en los artículos 361 y 362,[19] no sólo se modificó el verbo rector, reemplazando el antiguo *yacer* por el nuevo *acceder carnalmente*, sino se especificó de modo expreso cuáles serían las vías de aquel acceso carnal, estableciendo el legislador que éstas serían la vaginal, anal o bucal. Este fue un avance, pero la ley las igualó dándoles un tratamiento indiferenciado, o sea, considerando de igual gravedad el acceso carnal por vía bucal que

19. "*Art. 361*. La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.
Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:
1.° Cuando se usa fuerza o intimidación.
2.° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha de su incapacidad para oponer resistencia.
3.° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.
Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior".

el cometido por vía anal o vaginal, asunto que desde el punto de vista de la proporcionalidad penal no resulta adecuado. Así, la doctrina ha destacado claramente que la vía de acceso bucal no es asimilable a las otras señaladas, ya que como el atentando que es a la libertad sexual, importa un menor desvalor, que en ningún caso puede tener el mismo nivel de reacción penal.[20]

Por su parte, en segundo lugar, vale la pena comentar lo que ocurre con el delito de sodomía, entendiendo bajo aquel concepto la penalización de la realización de conductas sexuales consentidas entre varones. La Ley 19.617, de 1999, dejó de considerar punible la conducta llevada a cabo de modo voluntario entre varones adultos; sin embargo persistió en la sanción penal del mismo comportamiento cuando uno de los intervinientes, el sujeto pasivo de la conducta, sea menor de dieciocho años.[21] Ello, en realidad, trae consigo un cierto descalabro del sistema, puesto que dentro del esquema ideado por el legislador una persona mayor de catorce años es libre para determinarse sexualmente, siempre y cuando no se presenten las circunstancias propias de la violación o del estupro, y, sin embargo, según la tipificación de esa conducta, debemos entenderlo así sólo si se trata de personas de sexo diferente, asunto que, por cierto, merece las mismas críticas que se le dirigían en su oportunidad al derogado delito de sodomía consentida entre adultos, en el sentido de que, tratándose de una relación sexual libremente tolerada entre personas que pueden determinarse sexualmente, no se entiende por qué, pese a su menor edad, se sanciona penalmente sólo aquella situación en que se trata de una relación homosexual y no de una heterosexual. En consecuencia, resulta desproporcionado y discriminatorio el hecho mismo de castigar penalmente este comportamiento. Aparentemente, detrás de ello podemos encontrar como fundamento lo que Guzman Dalbora explica de la siguiente forma: "la única lectura posible de la disposición consiste en que para las capas dominantes de la sociedad chilena estos actos deben tomarse como *deshonestos*, desde el momento

20. Detalle de la crítica en Guzman Dalbora, *Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile*. Anuario, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta, Chile, número 6, 2000, p. 144 y ss.

21. "*Art. 365*. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio".

en que coliden con las valoraciones que dichos grupos sustentan en materia de trato carnal, y por eso quedan prohibidos al joven".[22]

Como ya señalábamos, la reforma del año 1999 fue sucedida por la introducida por la Ley 19.927, que modifica el Código penal en materia de delitos de pornografía infantil, publicada el 14 de enero de 2004. Su objetivo sustancial era otorgar una mejor sanción a los delitos de pornografía infantil; sin embargo, no culminó ahí y el legislador alcanzó con su reforma muchas de las conductas consideradas delitos sexuales. Así, principalmente, elevó la edad del consentimiento sexual de doce a catorce años de edad, aumentó las penas de múltiples delitos, como la violación, el estupro o los abusos sexuales, e incorporó nuevas conductas típicas, como la adquisición o almacenamiento de material pornográfico en que hubieren participado menores de edad.

Para intentar dar un tratamiento sistemático al asunto distinguiremos entre los conflictos de proporcionalidad penal que se dan entre el entero grupo de delitos sexuales y el resto del sistema penal, y luego entre las mismas figuras que integran el llamado grupo de los delitos sexuales.

Si bien la reforma de 1999 ya era criticada por lo elevado de las penas que se contemplaban para las conductas que sancionó, la ley del año 2004 vino a aumentar todavía más los marcos penales de las figuras más relevantes de este grupo de delitos, como la violación impropia del artículo 361, los abusos sexuales, tanto los del artículo 366 como los del 366 bis, el estupro del artículo 363, además de introducir nuevas figuras con penas altísimas, como es el caso del llamado abuso sexual agravado del artículo 365 bis o la tenencia de pornografía infantil del 374 bis inciso 2.°.

El resultado de ello es una brutal y evidente desproporción ni más ni menos que en relación con el tipo básico de los atentados contra la vida, esto es, el homicidio simple, sancionado en el artículo 391 n. 2 con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio (cinco años y un día a quince años). En efecto, si se compara con los delitos sexuales, resulta que la violación impropia del artículo 362,[23] esto es, violación de un menor

22. Guzman Dalbora, *Apreciación y...*, p. 155. La cursiva, en el original.

23. "*Art. 362.* El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior".

de catorce años, ésta tiene una marco penal mayor que el del citado tipo de homicidio, y lo mismo ocurre con el abuso sexual agravado del 365 bis n. 2,[24] que consiste en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o la utilización de animales en ello, cuando la víctima fuere un menor de catorce años, cuyas idénticas penas son de presidio mayor en cualquiera de sus grados (cinco años y un día a veinte años). Pero el desconcierto parece embargarnos cuando constatamos que el asunto no termina allí. Existen figuras que tienen una sanción incluso mayor. Tales son las de promoción de la prostitución de menores y la trata de personas, en los artículos 367 y 367 bis,[25] respectivamente, en que la sanción es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, más multa, cuando concurren ciertas circunstancias que las califican.

24. "*Art. 365 bis.* Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada:
1. con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361;
2. con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la victima fuere menor de catorce años, y
3. con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad pero mayor de catorce años".

25. "*Art. 367.* El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.
Si concurriere habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales".
"*Art. 367 bis.* El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que estas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales.
Sin embargo, se impondrán las penas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior en los siguientes casos:
1. Si la víctima es menor de edad.
2. Si se ejerce violencia o intimidación.
3. Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza.
4. Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima.
5. Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima.
6. Si existe habitualidad en la conducta de agente".

El orden que debe imperar dentro de la escala axiológica del sistema penal se ve quebrantado, y aunque tratemos de entender el sentido de esta equiparación de reacciones penales, el esfuerzo no nos permite abarcar el caso de la violación de un menor de catorce años; menos nos alcanza para comprender la opción legislativa de asignar a los delitos de trata de personas y promoción de la prostitución de menores, una pena mayor a la del homicidio simple. Evidentemente la distancia entre los bienes jurídicos tutelados por las figuras penales antes señaladas es grave, y para ejemplificarlo de modo simple, digamos que para nuestro sistema penal resulta más grave promover la prostitución de menores de edad con habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, que matar a alguien, incluso a esos mismos menores.

Avanzando en nuestro análisis, debemos reparar en lo que ya adelantábamos, esto es, la falta de proporcionalidad penal que existe entre los delitos contra la libertad sexual. Incluso desde este ángulo podemos continuar con la crítica a la valoración efectuada por el legislador a los delitos de trata de personas y de promoción de la prostitución de menores –ambos calificados– cuya pena tampoco guarda relación con el resto de los delitos sexuales, por cuanto se erige como la más grave de las conductas punibles de este ámbito, por encima incluso de la violación de un menor de catorce años, cuya pena, que ya se considera elevada, es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, toda vez que la pena de la promoción de la prostitución infantil y la trata de personas, calificadas ambas, contemplan el mismo marco penal, pero, además, en cada caso añaden la pena de multa. Demás está destacar que si el legislador consideró estas conductas más graves que la violación de un menor de catorce años, también las estimó más graves que todo el espectro de conductas consideradas como delitos sexuales, por ejemplo, el estupro y los abusos sexuales.

Pasemos ahora al delito del artículo 365 bis, introducido por la última reforma. Dicho artículo contempla, como anticipamos, un nuevo tipo penal, denominado por la doctrina como abuso sexual agravado, que sanciona la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o la utilización de animales en ello, y distingue para su penalidad si concurren las circunstancias de la violación propia, la impropia y el estupro (artículos 361, 362 y 363,[26] respectivamente), aplicándole exactamente las mismas sanciones que se contemplan para

26. "*Art. 363.* Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía

esos casos cuando se trata de un acceso carnal, verbo rector de las últimas tres figuras. Así se equipara el acto de acceder carnalmente con el de introducir objetos de cualquier índole. Creemos que ambas conductas son de las más graves dentro del contexto de los delitos sexuales; sin embargo entre ellas hay un matiz de diferencia que debe reflejarse en la reacción penal, ya que necesariamente debemos considerar que en el acceso carnal hay un mayor desvalor. En ambos casos se atenta gravemente contra la libertad sexual, y la víctima puede considerar su libertad coartada de igual forma en las dos situaciones, pero desde un punto de vista objetivo no puede ser igual la sanción cuando en el caso del acceso carnal hay necesariamente contacto entre los órganos sexuales y en el otro caso ello no ocurre; en el primer caso hay relación sexual y en el segundo sólo un remedo de ésta.

Dicho lo anterior, aún queda pendiente el segundo comentario, ya destacado por la doctrina, en el sentido que más reparos todavía nos debe producir que respecto de la introducción de objetos o utilización de animales, no sólo se hayan extrapolado las penas de los delitos de violación y estupro, sino que también se hayan reproducido acá sin consideración las tres mismas vías de acceso. Como señalan Politoff, Matus y Ramirez, "la introducción de objetos por vía bucal, podría extender la incriminación con las graves penas que se proponen de hechos tan comunes en la vida diaria como la obtención de un beso forzado".[27]

En relación al artículo 366,[28] que sanciona los abusos sexuales, ya nos referimos anteriormente al problema que se suscitaba respecto del

vaginal, anal, o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:
1.° Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.
2.° Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.
3.° Cuando abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.
4.° Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual".

27. POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2. ed., 2006, p. 271.

28. "*Art. 366.* El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con

tipo genérico de amenazas y adelantábamos que el año 2004 el legislador subsanó aquello elevando la pena de los abusos sexuales, dándole cierta coherencia al sistema. Sin embargo, también señalamos que de todos modos se habían generado nuevas imperfecciones desde el punto de vista de la proporcionalidad penal, ya que no sólo elevó la penas, sino modificó el contenido del artículo, de modo que, como claramente explican Politoff, Matus y Ramirez, "ya no se distingue para efectos de aplicar una pena diferenciada, entre la concurrencia de las circunstancias de la violación o del estupro. Tanto para la primera situación como para la segunda, la pena es de presidio menor en su grado máximo. Con esta equiparación se le resta importancia al medio comisivo y a la mayor lesividad que representa en uno u otro caso para la víctima, con lo que pareciera que se pone acento en el aspecto inmaterial de la infracción, de atentado contra la libertad, restándole importancia a la seguridad e integridad personal, bienes jurídicos que también resultan vulnerados con esta clase de delitos",[29] convenimos con esta crítica ya que de la comparación de las sanciones que nuestro legislador previó para los delitos que atentan contra la libertad sexual cuyo verbo rector consiste en acceder carnalmente, se desprende que la conducta más grave es la violación de un menor de catorce años del artículo 362. Luego, vienen la violación propia del artículo 361 y finalmente el estupro del artículo 363. Lo esperable sería que si se altera el verbo rector, frente a las mismas condiciones de los artículos 361, 362 y 363, tendría que mantenerse una valoración decreciente que se manifestara en las sanciones que el legislador contempla, lo que en el caso en comento no ocurre.

Algo similar sucede con el artículo 366 quáter,[30] en que nuevamente el legislador borra las diferencias valorativas que anteriormente

presidio menor en su grado máximo, cuando el, abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

Igual pena se aplicara cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años".

29. POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *Lecciones, Parte especial*, p. 269. La referencia de los autores es a la violación propia del artículo 361.

30. "*Art. 366 quáter.* El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar

había considerado. Este artículo sanciona dos conductas típicas, una que consiste en procurarse excitación sexual o la excitación de otro, realizando acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, hacerle ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, y la otra consistente en determinar a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro. Hasta aquí el asunto va bien encaminado, puesto que considera la primera conducta ligeramente menos grave que la segunda, ya que aquélla tiene como sanción presidio menor en su grado medio a máximo (quinientos cuarenta y un días a cinco años) y ésta presidio menor en su grado máximo (tres años y un día a cinco años). Sin embargo, las contradicciones se presentan cuando regula la sanción de las mismas conductas antes descritas, pero en el caso de que la víctima sea una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años, margen de edad propio del estupro. Y es que considera exactamente las mismas penas para ese caso, pese a que en una situación la conducta se confronta –por la edad de la víctima y la no exigencia de circunstancias– con la violación impropia del artículo 362, y en el otro con el estupro del artículo 363, borrando así de un plumazo la diferenciación que se había hecho cuando se consideraba más grave el acceso carnal en el contexto de la violación que en el del estupro y señalando ahora que en el caso en comento, esto es, el artículo 366 quater, da lo mismo la edad de la víctima, no hay distinción según se trate de una persona menor de catorce años, o una mayor de catorce pero menor de dieciocho años. Y las dificultades continúan cuando el legislador prescribe que dentro de este margen de edad propio del estupro se aplicarán las mismas penas que en las conductas anteriores, cuando concurran las circunstancias del artículo 363, es decir, las del tipo de estupro, o las de numerando primero del artículo 361, esto es, violación propia consi-

> espectáculos del mismo carácter será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.
> Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, la pena será de presidio menor en su grado máximo.
> Con iguales penas se sancionará a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1° del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363".

derando como circunstancia el uso de fuerza o intimidación. En otras palabras, se impone las mismas penas cuando se trate de las circunstancias del estupro o una exclusiva de la violación propia, equiparándose el reproche penal en ambos casos, asunto que desfigura por completo el esquema central de los delitos sexuales, que considera más grave la violación que el estupro.

En otro plano, pero siempre desde el punto de vista de la proporcionalidad penal, digamos que la reforma del año 2004 introdujo una nueva conducta, la contemplada en el artículo 367 ter,[31] que sanciona al que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce años pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro. El problema se presenta cotejando esta conducta con la de abusos sexuales con víctima mayor de catorce años pero menor de dieciocho, es decir, el tipo penal del artículo 366, puesto que contempla la misma pena que la del artículo en comento, resultando absolutamente desproporcionado asimilar este comportamiento libremente consentido –en que una deficiencia de redacción, que describe la conducta como la *obtención de servicios sexuales*, permite dar cabida a cualquier tipo de conducta sexual– con el del artículo 366, que discurre siempre bajo el presupuesto de falta de consentimiento o por lo menos de consentimiento viciado. Así puede quedar capturada por la misma pena una idéntica conducta que en un caso se ha llevado cabo, de modo voluntario, y en el otro bajo coacción.

En lo que respecta al llamado delito de pornografía infantil, haremos dos comentarios. El primero dice relación con una inadecuada técnica legislativa en lo que toca al delito de participación en la producción de material pornográfico, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, esto es, el tipo penal del artículo 366 quinquies,[32] que de algún modo desde nuestra perspectiva contribuye a ahondar los problemas de proporcionalidad penal que pudieren surgir,

31. "*Art. 367 ter.* El que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce años pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será castigado con presidio menor en su grado máximo".

32. "*Art. 366 quinquies. Inciso 1.º.* El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo".

en el sentido que no podemos dejar de observar que la pena contemplada para este delito resulta desproporcionada en comparación, por ejemplo, con la sanción de los abusos sexuales del artículo 366, esto es, cuando la víctima es mayor de catorce años y menor de dieciocho, que es la misma pena, presidio menor en su grado máximo (tres años y un día a cinco años). Ahora bien, como señalábamos, y desde el punto de vista de la técnica legislativa, el tipo penal del artículo 366 quinquies es tan amplio que resulta difícil que dicha conducta no sea absorbida por alguna de las otras a las que ya nos hemos referido latamente, como la violación, el estupro, abusos sexuales, o las propias del artículo 366 quater, dejando prácticamente carente de contenido el tipo penal en comento.[33]

Continuando con la crítica a esta figura, se observa que no sólo se sancionó penalmente la participación en la producción de material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años (artículo 366 quinquies), sino que también, y de modo adecuado, con una pena más baja en su tramo inferior, la comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición del mismo tipo de material pornográfico. Sin embargo, en el mismo artículo 374 bis,[34] que sanciona la conducta recién señalada, añade un inciso segundo que considera punible la adquisición o almacenamiento de ese mismo tipo de productos, es decir, como señalan acertadamente Politoff, Matus y Ramirez, "la posesión de dicho material, con independencia de si se destinará o no al tráfico comercial, lo cual parece a todas luces un exceso, que ha llevado a convertir la miseria humana en delito".[35]

Para terminar con los comentarios en el ámbito de los delitos sexuales, no podemos dejar de exponer lo que ha ocurrido con la introducción de una sanción inédita en nuestro sistema, esto es, la inhabilitación

33. En el sentido de afirmar allí la existencia del concurso aparente de leyes penales POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *Lecciones, Parte especial*. Cfr., p. 286 y GARRIDO, *Derecho penal, Parte especial*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. III, 3. ed., 2007, cfr, p. 404.

34. "*Art. 374 bis*. El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.
El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio".

35. *Lecciones, Parte especial*, p. 288.

absoluta temporal del artículo 39 bis,[36] incorporada por la reforma del año 2004 en el artículo 372 inciso 2.º[37] como parte de las disposiciones comunes a los delitos sexuales, y cuya novedad es que se contabiliza el plazo de la incapacidad que ésta implica sólo una vez que se hubiere dado cumplimiento a la pena principal. Las inhabilitaciones no son ajenas al sistema penal chileno, pero nunca antes una norma había ordenado que se iniciara su cumplimiento una vez verificada la pena principal, con la agravante de que el artículo 372 inciso 2.º ordena al tribunal su aplicación de modo conjunto con la pena principal impidiéndole valorar su procedencia en uno u otro caso.

3.2 *Delitos patrimoniales*

Es necesario aclarar que bajo este epígrafe nos referiremos únicamente a los delitos de hurto y robo, puesto que ellos son los que presentan en mayor grado las situaciones de desproporción más evidentes.

A diferencia de lo ocurrido con los delitos sexuales, que experimentaron en los últimos diez años una verdadera revolución, los delitos de hurto y robo han venido sufriendo modificaciones desde hace mucho tiempo, las que han sido suficientemente criticadas en la doctrina[38] por

36. "*Art. 39 bis*. La pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, prevista en el artículo 372 de éste Código, produce:
1.º La privación de todos los cargos, empleos, oficios y profesiones que tenga el condenado.
2.º La incapacidad para obtener los cargos, empleos, oficios y profesiones mencionados antes de transcurrido el tiempo de la condena de inhabilitación, contado desde que se hubiere dado cumplimiento a la pena principal, obtenido la libertad condicional de la misma, o iniciada la ejecución de algunos de los beneficios de la Ley n. 18.216, como alternativa a la pena principal.
La pena de inhabilitación de que trata este artículo tiene una extensión de tres años y un día a diez años y es divisible en la misma forma que las penas de inhabilitación absoluta y especial temporales".

37. "*Art. 372 inciso 2.º*. Asimismo, el tribunal condenará a las personas comprendidas en el artículo precedente a la pena de inhabilitación absoluta temporal de sus cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados".

38. Un acabado análisis desde el enfoque de la proporcionalidad de la penas en MERA, Jorge, *Hurto y Robo*. Santiago, Lexis Nexis, 2005.

el grado de desproporción que han introducido en este ámbito, que raya directamente en el absurdo en algunos casos. Así ocurre al constatar que el asesinato, en el artículo 391, tiene una pena inferior al robo con violencia sancionado en el artículo 433; el primero de los delitos tiene una pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo (diez años y un día a presidio perpetuo), y el segundo conserva el mismo margen inferior, pero considera como superior el presidio perpetuo calificado.[39] Algo similar ocurre al observar las penas previstas para las lesiones. El legislador consideró para el delito de lesiones simplemente graves del artículo 397 n. 2, esto es, aquellas lesiones que producen a la víctima enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días, la pena de presidio mayor en su grado mínimo (quinientos cuarenta y un días a tres años), inexplicablemente igual o inferior a dos de las tres hipótesis de sanción del hurto del artículo 446, que castiga con la misma pena el hurto de una cosa cuyo valor excede de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasa de cuarenta unidades tributarias mensuales, y con una pena mayor, presidio menor en su grado medio a máximo (quinientos cuarenta y un días a cinco años), la misma conducta cuando el valor de la cosa hurtada excede de cuarenta unidades tributarias mensuales.[40] Para continuar evidenciando la desproporción que existe entre la protección de la propiedad mueble y la de la salud individual e integridad corporal, baste señalar que las lesiones menos graves del artículo 399, esto es, aquellas que no producen a la víctima enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días, tienen exactamente la misma pena que la forma de sanción menos severa del hurto del artículo 446, es decir, aquellos casos en que el valor de la cosa hurtada excede de media unidad tributaria mensual y no pasa de cuatro unidades tributarias mensuales; en ambos casos la pena es de presidio menor en su grado mínimo (sesenta y un días a quinientos cuarenta días), sin nombrar la pena copulativa de multa en el hurto, que es sólo alternativa en las lesiones. Finalmente, cabe señalar lo que ocurre con las mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una

39. La diferencia fundamental entre el presidio perpetuo y el presidio perpetuo calificado que, dicho sea de paso, sirvió de moneda de cambio para lograr la derogación de la pena de muerte el año 2001 por la Ley 19.734, es que en el primero de los casos el condenado puede optar a la libertad condicional luego de veinte años de privación de libertad, mientras que en el segundo será necesario cumplir cuarenta.

40. Considerando que una unidad tributaria mensual (UTM) equivale en el mes de enero de 2010 a 72 dólares ó 50 euros, aproximadamente.

oreja, sancionadas en el artículo 396 inciso segundo con presidio menor en su grado mínimo a medio (sesenta y un días a tres años), pena inferior a la de los robos con fuerza en las cosas de los artículos 440, 442 y 443, e insólitamente también inferior a la sanción de dos de las tres hipótesis de hurto del artículo 446, antes señaladas.

Ahora bien, observando la coherencia interna que debería existir entre los mismos delitos de hurto y robo, y la proporcionalidad de las penas que allí tendría que estar presente, es descollante la severidad con que se ha sancionado el hurto en relación con el delito que le sigue en gravedad, cual es el robo con fuerza en las cosas. Así, encontramos que las dos hipótesis menos severas de robo con fuerza en las cosas, las de los artículos 442 y 443, contemplan la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo (quinientos cuarenta y un días a cinco años), o sea, la misma que la de la forma más severa de hurto, cuando el valor de la cosa hurtada exceda de 40 unidades tributarias mensuales (artículo 446 n. 1), caso en que el legislador consideró además como sanción copulativa la multa de once a quince unidades tributarias mensuales. Es decir, la ley reputa más grave el hurto de una cosa de aquel valor, que el robo con fuerza en las cosas, por ejemplo, utilizando llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.

En este poco alentador panorama recaen las reformas de la última década, introducidas por la Ley 19.950, de 5 de junio de 2004, que aumenta las sanciones a los hurtos y facilita su denuncia e investigación, y por la Ley 20.140, de 30 de diciembre de 2006, que modifica el artículo 494 bis del Código penal estableciendo pena para el caso del hurto como falta en grado de frustrado. Como resulta evidente, las modificaciones se han concentrado en los delitos de hurto, y en particular, el llamado hurto como falta,[41] incrementando aún más la severidad de la reacción penal frente a ellos, asuntos que ahora comentaremos, y que encuentran su origen en los reclamos formulados por las asociaciones gremiales de comerciantes y diferentes actores económicos como forma de enfrentar los hurtos de bagatela que a diario sufren los establecimientos de venta por sistema de autoservicio y de venta al público en general, pretextando, además, la organización de bandas que cometen estos hurtos y que abastecen el comercio clandestino.[42]

41. Ello atendiendo a la clasificación tripartita de los delitos que realiza el Código penal, según la gravedad de éstos, distinguiendo en crímenes, simples delitos y faltas.

42. Cfr. *Boletín Legislativo* 3078-07, disponible en www.bcn.cl.

La Ley 19.950 realiza básicamente cuatro cosas:

1. Modifica el artículo 446 de modo que el límite inferior determinado por el valor de la cosa hurtada, fijado para considerar que una conducta es simple delito o falta, se disminuye a media unidad tributaria mensual, con lo cual un mayor número de conductas pasan de falta a simple delito.[43]

2. Modifica el artículo 451, que determina una agravación de la pena de los hurtos, ordenando al tribunal aplicarla en su grado superior en caso de reiteración de éstos a una misma persona, o a distintas personas de una misma casa, establecimiento comercial, feria, recinto o lugar, debiendo el tribunal además regular la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos. Así, producto de esta modificación también se considera, para efectos de la reiteración de hurtos, el hecho de tratarse de una falta.

3. Introduce el nuevo artículo 494 bis[44] que sanciona el hurto como falta, considerándose que lo hay cuando el valor de la cosa hurtada es inferior a media unidad tributaria mensual y, pese a que estima que continúa teniendo la naturaleza de una falta, puesto que se ubica bajo el epígrafe de éstas, le intenta aplicar un estatuto extraño a aquellas infracciones, dado que las pena cuando se encuentren frustradas o tentadas, asunto que no ocurre en el resto de las faltas que sólo se sancionan como consumadas. Además, reintroduce para estas contravenciones una pena privativa de la libertad, prisión en su grado mínimo a medio (uno a cuarenta días) más multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, en circunstancias que ninguna de las restantes faltas contempladas en el Código penal considera pena privativa de la libertad.

43. El equivalente son 36 dólares ó 25 euros, aproximadamente.

44. "*Art. 494 bis*. Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasare de media unidad tributaria mensual. En caso de reincidencia, se aplicará la pena de prisión en grado máximo. En los casos en que participen en el hurto individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia, aumentada en un grado, si estos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración de la falta. Se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7.º".

4. Sanciona expresamente la reincidencia en esta conducta, el hurto como falta, con pena de prisión en su grado máximo (cuarenta y uno a sesenta días), excepcionando nuevamente el estatuto de las faltas, según el cual se excluye la consideración de la reincidencia de faltas como agravante de la responsabilidad penal, constituyéndose así este ilícito en el único caso en que una falta es estimada como agravante.

La modificación relativa al *iter criminis* fue una forma de reaccionar frente a reiterada jurisprudencia que consideraba que, dado que las faltas se sancionan sólo como consumadas, era imposible aplicar una pena a un hurto de bagatela mientras éste se encontrara en grado de frustrado o tentado. Los tribunales estimaban que ello ocurría si el sujeto era sorprendido tomando especies de los estantes de un establecimiento comercial, puesto que allí había sólo tentativa, y en caso de sobrepasar la línea de caja y ser sorprendido dentro del establecimiento comercial se habría concretado un delito frustrado también impune, conclusión que echaba por tierra los intentos de las asociaciones gremiales de comerciantes de ver sancionadas penalmente estas conductas.

Pero esta modificación no sólo presenta el problema de dar un trato más gravoso a esta falta en particular respecto de las demás, tanto por el tipo de sanción como por las consideraciones especiales respecto del *iter criminis* y de la reincidencia, sino, además, introduce una dificultad insoslayable desde el punto de vista de la proporcionalidad penal, puesto que, como previno durante la discusión parlamentaria el diputado y penalista Juan Bustos,[45] es grave desde el punto de vista valorativo que esta falta de hurto implique una pena privativa de la libertad, mientras otras, como una lesión leve, que presenta un mayor desvalor y que por ende tendría que contemplar un mayor reproche penal, sea sancionada en el artículo 494 n. 5 sólo con pena de multa. Debemos agregar que respecto de la falta de lesiones la desproporción se vuelve incomprensible si consideramos, además, que el hurto como falta permite su sanción no sólo en grado de consumado, sino como frustrado o tentado, en circunstancias que la falta de lesiones frustrada o tentada queda impune siguiendo lo prescrito en general para las faltas en el artículo 9.° de nuestro Código y, estimando también que, por su parte, sólo en el hurto como falta operaría la regla expresa de la reincidencia.

45. Cfr. la opinión vertida en discusión en Sala, Cámara de Diputados, Legislatura 350, Sesión 87, de 18 de mayo de 2004, disponible en www.bcn.cl.

Respecto de este último aspecto, la modificación quedó frustrada, toda vez que el legislador, en el artículo 104 del Código penal, fija expresamente la prescripción de dicha circunstancia agravante, pero sólo para los crímenes y simples delitos, no así para las faltas. En ese entendido es que el legislador, al incluir la reincidencia en el hurto de bagatela como circunstancia agravante, cometió el error de omitir la determinación de un plazo de prescripción para dicha circunstancia volviéndola inoperante en la práctica, haciendo persistir uno de los principales motivos por los cuales se considera excluida la reincidencia en las faltas, esto es, la falta de regulación de la prescripción en su caso.

Sin embargo, esto no finalizó aquí y los desaciertos continuaron con la Ley 20.140, de fecha 30 de diciembre de 2006, que modificó el artículo 494 bis del Código penal estableciendo pena para el caso del hurto como falta en grado de frustrado. Esta nueva reforma fue diseñada reaccionando ante la incapacidad de la Ley 19.950, por su poco acertada redacción, de sancionar la tentativa y frustración. Ello ocurría dado que la remisión que hacía dicha ley al artículo 7.° del Código penal fue incompleta, por cuanto el artículo 7.° únicamente señala que los crímenes y simples delitos son punibles no sólo como consumados, sino también como tentados y frustrados, y describe luego en qué consiste la tentativa y la frustración, pero no indica cuál es la pena que corresponde aplicar en dichos casos de modo directo y claro. La determinación de la pena aplicable sólo se obtenía de modo indirecto, utilizando la analogía, acudiendo al estatuto de la tentativa y la frustración, que se encuentra fuera del artículo 7.° antes mencionado y que por su parte se refiere sólo a crímenes y simples delitos, no a las faltas. Nuevamente fue la jurisprudencia la que se opuso, resolviendo que se trataba de una ley penal en blanco ya que, al "no contener la ley sanción expresa y determinada de dichas conductas, no ha satisfecho el principio básico, constitucional y legal de contener legalmente la pena que sería del caso aplicar".[46] La moción parlamentaria que dio origen a esta nueva reforma buscaba sancionar expresa y directamente el hurto como falta frustrado, esta vez señalando claramente la pena asignada a dicho ilícito. Durante el arduo

46. Considerando décimo del fallo del 20 de abril del 2005 de la Corte Suprema, conociendo de un recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Adjunto de Valparaíso, en causa rol 0400294065 donde el Juzgado de Garantía de Valparaíso absolvió a la imputada del cargo de autora de la falta de hurto frustrado, citado como argumento en la moción parlamentaria que dio origen a esta reforma.

debate parlamentario se trató conjuntamente con esta moción otra de gran similitud, pero que abogaba por la sanción no sólo del hurto como falta frustrado, sino que también tentado, fiel a la modificación infructuosa introducida precedentemente por la Ley 19.950. La discusión se centró entonces en delimitar si se sancionaría excepcionalmente el hurto de bagatela como frustrado o también como tentado,[47] dominando en definitiva la primera de las opciones, la que consideramos un poco menos gravosa desde el punto de vista de la proporcionalidad penal que la intención que el legislador había manifestado en la reforma anterior de sancionar en ambos casos.

Menor discusión tuvo en esta segunda modificación lo ocurrido con la regulación de la reincidencia en el hurto como falta, dado que casi de contrabando también fue rectificada sin mayor debate la disposición introducida anteriormente por la Ley 19.950, que simplemente establecía, en el inciso segundo del artículo 494 bis, que en caso de reincidencia se aplicaría la pena de prisión en grado máximo. El legislador, sin exponer muchas razones, mediante la Ley 20.140 dota de una nueva regulación a la reincidencia del hurto como falta, y hace con poco acierto y método dos cosas.

En primer lugar, introduce la sanción de la reincidencia en hurto como falta frustrado de modo expreso, indicando que de ningún modo lo sancionará con prisión, pero sí elevará el monto de la multa que le corresponde. El inciso cuarto del nuevo artículo 494 bis dice que "en caso de reincidencia en hurto falta frustrado se duplicará la multa aplicada. Se entenderá que hay reincidencia cuando el responsable haya sido condenado previamente por delito de la misma especie, cualquiera haya sido la pena impuesta y su estado de cumplimiento. Si el responsable

47. Durante el debate parlamentario, particularmente en el primer informe de la Comisión de Constitución se cita la curiosa postura del Jefe del Departamento de Estudios y Proyectos de la Defensoría Penal Pública, quien informó ante dicha Comisión que la entidad a la que representaba adhería principalmente al proyecto que fue aprobado en la Comisión Especial de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, en el cual se sanciona el hurto como falta en grado de tentativa y frustrado, fórmula que, según él, resolvía de mejor manera el vacío existente en este tema y que puso de manifiesto la decisión emitida por la Corte Suprema, ya antes mencionada. Además, señaló que dicha fórmula sería coincidente con los propósitos perseguidos al establecerse el artículo 494 bis del Código Penal. Cfr. *Boletín Legislativo* 3867-07, disponible en www.bcn.cl.

ha reincidido dos o más veces se triplicará la multa aplicada". Diremos al respecto que aquello que pretendió el legislador para *permitirse* la sanción de la reincidencia en el hurto como falta frustrado, surte un efecto gravísimo, dado que el aumento de la multa es en extremo desproporcionado (puede llegar a alcanzar entre ocho y doce unidades tributarias mensuales), efecto que se ve amplificado por el hecho de que generalmente el sujeto no tendrá bienes para solventar el pago de la multa, lo que lo obligará a cumplir su condena mediante pena privativa de libertad por vía de sustitución, que podrá alcanzar, según lo señala el artículo 49 del Código penal,[48] entre cuarenta y sesenta días, pérdida de la libertad mayor que la contemplada para el caso de una falta consumada, que va de uno a cuarenta días de prisión.

En segundo lugar, respecto de la prescripción de la reincidencia, el legislador salva el problema original que presenta la reincidencia en las faltas en general, que no fue previsto al regularla en el caso del hurto como falta por la reforma anterior, y prescribe en el inciso final del artículo 494 bis que "la agravante regulada en el inciso precedente prescribirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104. Tratándose de faltas, el termino de la prescripción será de seis meses". Con esto dotó de plena eficacia la clara intención de punir el hurto de bagatela en todas sus posibles versiones y etapas con el mayor rigor.

3.3 *Tráfico ilícito de estupefacientes*

El estatuto vigente en Chile para sancionar este tipo de delitos se encuentra contenido en la Ley 20.000, publicada el 16 de febrero de 2005.

Tal como en las situaciones anteriores, los despropósitos son múltiples y variados, de modo que sólo dejaremos en evidencia los más groseros, buscando no prolongar innecesariamente este estudio, y considerando además que con ello lograremos el objetivo de dejar de manifiesto el modo en que el legislador menosprecia el principio de proporcionalidad en materia penal.

48. "*Art. 49.* Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa, sufrirá por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda exceder de seis meses
Queda exento de este apremio el condenado a reclusión menor en su grado máximo o a otra pena más grave".

De esta forma, comparando la regulación de la Ley 20.000 con el resto del ordenamiento jurídico penal, se aprecia que los marcos penales establecidos allí son elevadísimos y no guardan relación con la naturaleza del bien jurídico protegido –salud pública, más el peligro que suponen estos delitos para la libertad de los individuos afectados[49]– ni con la penalidad contemplada en nuestro ordenamiento jurídico para los delitos de mayor gravedad. Así, al observar los delitos contra la salud pública contemplados en el párrafo 14 del título VI del libro II del Código penal, esto es, los artículos 313a) a 318, podemos apreciar que las sanciones allí contempladas difícilmente superan los cinco años, con la excepción de las conductas sancionadas en los artículos 315 y 316, en que la pena puede llegar a los diez años, encontrándose ello plenamente justificado, puesto que en estos casos el Código penal exige un desvalor adicional, tal es que exista el peligro concreto de provocar la muerte o grave daño para la salud de las personas. Confrontando esto con los marcos penales de la Ley 20.000 y considerando que se trata de la lesión de un mismo bien jurídico, la desproporción resulta evidente. Las penas de los ilícitos allí sancionados pueden llegar incluso hasta veinte años, según lo prescribe el artículo 16 de dicho cuerpo legal para el caso de las asociaciones ilícitas, sin que en ninguno de los casos previstos en dicha ley se exija el peligro concreto de provocar la muerte de una persona.

Por su parte, respecto de los delitos de mayor gravedad, nuevamente encontramos paradojas similares a las anteriores. Baste de ejemplo la consideración de lo que ocurre respecto del homicidio simple, sancionado en el artículo 391 n. 2 con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio (cinco años y un día a quince años). Observado este ilícito en relación a las penas contempladas en la Ley 20.000 constatamos que las figuras básicas de dicha ley, contenidas en los artículos 1.° y 3°,[50] consideran exactamente la misma pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, más multa, lo que deja nuevamente en evidencia la falta de sistematicidad y sentido axiológico del legislador.

El análisis no termina sólo relacionando la Ley 20.000 con el resto de la regulación penal, sino que es necesario comentar aún dos situ-

49. POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *Lecciones, Parte especial*, cfr, p. 574.

50. "*Art. 1.°*. Los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen, o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a las salud, sin la debida autorización, serán

aciones presentes en esta Ley que operan como amplificadores de las desproporciones ya manifestadas.

En primer lugar, nos encontramos con un asunto ya comentado por la doctrina, cual es el adelanto de las barreras punitivas mediante tres vías. Por una parte, el artículo 18 de la Ley 20.000 señala que *"los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución"*. Sin embargo, esta llamada regla penológica, como comentan Politoff, Matus y Ramirez "es, en cierta medida, superflua e inocua, atendida la naturaleza de los delitos de que se tratan (en la mayor parte de los delitos contemplados en la ley 20.000, la propia descripción típica asimila la tentativa a la consumación, y así sucede particularmente con los casos de tráfico ilícito de estupefacientes, tanto en sentido amplio como en el restringido, ambos contemplados en el art. 3.° de la Ley, donde se castiga por igual la posesión para transferir como la transferencia misma de las sustancias prohibidas, y el favorecimiento del consumo)".[51] Así se conforma la segunda forma de adelantamiento de las barreras punitivas, ya que "la tentativa se castiga del mismo modo que la consumación, a nivel de descripción típica, ya que el legislador no espera que se produzca ningún hecho de 'tráfico' para castigar como traficante a quien transporta sustancias que piensa vender con posterioridad".[52] Pero esto no termina aquí, ya que la Ley 20.000

castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado.

Incurren también en este delito, quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las sustancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores.

Art. 3.° Las penas establecidas en el artículo 1.° se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier titulo, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias.

Se entenderá que trafican los que, sin contar con autorización competente, importe, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas".

51. POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ, *Lecciones, Parte especial*, p. 595-596.

52. POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *Lecciones, Parte especial*, p. 596. Cursiva y destacado en el original.

considera una tercera forma de adelantar la persecución de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, estableciendo "formas particulares de tentativas especialmente punibles, asignándoles una pena propia, con el propósito de evitar eventuales lagunas de punición. Estas disposiciones son las que se refieren, básicamente, a muy particulares actos preparatorios: asociación para delinquir (art. 16) y el llamado tráfico de precursores (art. 2.°); y a especiales formas de tentativa: elaboración de las sustancias prohibidas (art. 1.°) y cultivo de las especies vegetales que las producen (art. 8.°)".[53] Por su parte, el artículo 17 de la Ley contempla pena expresa para la conspiración para cometer los delitos sancionados en ella, o sea, la asignada al delito respectivo, pero rebajada en un grado. Como podemos observar, la Ley 20.000 es fértil en mecanismos que no sólo adelantan la persecución penal y abarcan situaciones que en nuestro sistema penal general son impunes, sino, además, en algunos de los casos mencionados, asimila las penas de formas perfectas de ejecución del delito a otras que no lo son, contribuyendo con ello a aumentar la desproporción denunciada en los párrafos anteriores.

El segundo *mecanismo amplificador* se encuentra en el párrafo segundo de la citada Ley, que dota de un estatuto especial la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. En el artículo 19 establece ocho agravaciones específicas con un régimen bastante particular. En primer lugar, de la redacción se colige claramente que el aumento de la penalidad en caso de concurrir alguna de las agravaciones es obligatorio, con elevación del marco penal completo, quedándole al tribunal vedada la posibilidad de aplicar la pena en el grado inferior (aumento en bloque y no sólo del margen superior). En segundo lugar, puesto que en el inciso segundo prescribe que en caso de concurrir dos o más agravaciones específicas la pena podrá ser aumentada en dos grados, se rompe con la regla general en el Código penal que considera que la concurrencia de dos o más agravantes y ninguna atenuante permite a lo sumo aplicar la pena inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley. Y, en último lugar, baste considerar que estamos en presencia de agravaciones específicas, lo que, en la redacción de la ley, permitiría la aplicación de sus efectos con independencia de la concurrencia o no de atenuantes, toda vez que el supuesto previsto por el legislador es la concurrencia de alguna de estas agravaciones, no la concurrencia de alguna de ellas y de ninguna atenuante, como acurre

53. POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *Lecciones, Parte especial*, p. 597.

en el régimen general de atenuantes y agravantes del Código penal. Esto último supone una compensación racional previa, prevista en el Código, mas no en la Ley 20.000.

Cabe preguntarse si el legislador estaba realmente consciente de las desproporciones que se producirían y lo gravosas que podrían llegar a resultar las penas, considerando que por efecto de estos llamados mecanismos *amplificadores* podemos llegar a obtener penas de presidio perpetuo.

4. Conclusión

Salta a la vista el estado deplorable en que se encuentra la proporcionalidad de las leyes penales en el contexto chileno. El panorama ofrecido permite formarse una idea de lo postergado que se encuentra el principio en la legislación penal, siendo evidente que la labor de la doctrina al poner en tela de juicio las reformas que se van suscitando, no ha resultado suficiente.

Sin embargo, la tarea no sólo está pendiente desde el punto de vista de la ciencia penal, sino fundamentalmente desde la función que debe cumplir el Tribunal Constitucional. Excede este trabajo un pronunciamiento respecto de la posibilidad de considerar si existe de modo indirecto algún tipo de consagración constitucional del principio de proporcionalidad penal, de modo de lograr erigirlo así como un límite al legislador. Queda pendiente la tarea, volviéndose cada día más necesaria en la medida que las reformas penales no siempre se ven inspiradas por la racionalidad necesaria que permita mantener una debida armonía axiológica entre delitos y penas.

Será hora de poner atención al planteamiento formulado por Lopera Mesa.[54] Esta autora distingue entre un modelo *tradicional* de control de constitucionalidad de las leyes penales y otro modelo que denomina *exigente*. El esquema tradicional es aquel que recomienda mantener un control de baja intensidad que reduce al mínimo las exigencias impuestas por los subprincipios o requisitos de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), considerando que el juicio de proporcionalidad, como juicio de constitucionalidad de una norma penal, no es más que una garantía mínima del ciudadano frente a la intervención penal, una herramienta de control tan sólo apta para

54. Lopera Mesa, op. cit., cfr., p. 561 y ss.

fundar la inconstitucionalidad de una norma penal en hipótesis extremas de irracionalidad legislativa.

Ante este esquema de control mínimo, el modelo exigente reconoce que aquel límite que impone la consideración de la configuración de la política criminal como potestad exclusiva del legislador en un Estado democrático de Derecho, debe ceder cuando recordamos que "la decisión de acudir al Derecho penal no supone la opción por un instrumento cualquiera de política legislativa, sino que expresa la voluntad de emplear la herramienta más contundente de la que dispone el Estado para regular la conducta de los ciudadanos, ya no sólo por la singular gravedad de sus consecuencias, sino también por la peculiar carga simbólica que va asociada a la definición de una conducta como delito y de una determinada sanción como pena".[55]

Continúa Lopera Mesa[56] su análisis señalando que la contundencia y dimensión simbólica de la herramienta penal lo convierten en un recurso fácil al que legislador echará mano ante todo tipo de demandas sociales, asunto que se hace patente en el fenómeno de expansión del Derecho penal.

Frente a esta situación, el modelo exigente de control de proporcionalidad se erige como instrumento eficaz de freno, buscando radicar el asunto en un límite básico del *ius puniendi* que dota de racionalidad al sistema, racionalidad que constituye un valor por el que deben velar tanto el legislador como la jurisdicción a cargo del control de constitucionalidad. O sea, precisamente lo que no ha ocurrido en la moderna reforma penal chilena y en su evaluación por el Tribunal Constitucional.

55. Lopera Mesa, op. cit., p. 570 y 571.

56. Lopera Mesa, op. cit., cfr, p. 571 y ss.

8
O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

Professor-doutor de Direito Penal da USP. Coordenador Regional do IBCCrim. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente estudo trata da produção legislativa penal após a Constituição de 1988 sob o prisma da proporcionalidade e das novas técnicas utilizadas pelo legislador para o enfrentamento político criminal dos problemas oriundos de uma sociedade de riscos. Discorre ainda sobre a forma pela qual o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem exercido o controle de constitucionalidade sob a ótica da proporcionalidade e, ao mesmo tempo, desenvolve interpretações jurisprudenciais que mitigam este princípio.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal – Sociedade de risco – Proporcionalidade – Controle de constitucionalidade – Supremo Tribunal Federal – Princípio da insignificância.

ABSTRACT: The subject of the present study is the criminal lawmaking after the 1988 Constitution through the prism of proportionality and the new techniques used by the legislator to face the risky society criminal problems. Is also the subject an analysis of the way in which the Supreme Court of Brazil has exercised constitutionality control under the proportionality perspective and, at the same time, develops interpretations that mitigate this jurisprudential principle.

KEYWORDS: Criminal law – Risk society – Proportionality principle – Constitutionality control – Supreme Court – Principle of insignificance.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Princípio da proporcionalidade – 3. Produção legislativa e sociedade de risco – 4. Técnica legislativa e proporcionalidade – 5. Proporcionalidade e corte social – 6. Controle judicial da proporcionalidade – 7. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho[1] tem o escopo de analisar a produção legislativa penal brasileira no período pós-Constituição de 1988, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade e a possibilidade de seu controle pelo Poder Judiciário. Este estudo não tem o objetivo de realizar um minucioso trabalho de compilação de tipos penais e sanções respectivas, mas apontar alguns rasgos gerais do processo legislativo e analisar determinadas posturas relacionadas com o princípio mencionado.

A avaliação desta produção sob a ótica da proporcionalidade exige um exame prévio sobre o conteúdo deste princípio, seu *status* normativo e as consequências de sua consagração pelo modelo institucional político e jurídico brasileiro.

2. Princípio da proporcionalidade

A construção dogmática do sistema penal deve partir de uma opção filosófica que assente os seus fundamentos. Trata-se, em última análise, de uma definição política sobre as bases que sustentarão o edifício dogmático, que fundarão os princípios jurídicos basilares.

Todo o pensamento dogmático penal ancora os institutos dogmáticos em elementos basilares que conferem sistematicidade e coerência ao sistema apresentado. Assim, os sistemas clássicos se sustentam sobre o conceito metafísico de Justiça, da mesma forma que o neokantismo se fixa sobre os valores culturais, que o positivismo jurídico sobre o texto legal e que o funcionalismo mais radical sobre as expectativas de comportamento necessárias ao funcionamento social.

A adoção do modelo Democrático de Direito como fundamento político/jurídico de organização institucional brasileira determina ao menos o marco inicial, sobre o qual se erige o sistema dogmático. Em realidade, a consagração da força normativa constitucional após a Segunda Guerra Mundial coloca o Diploma Magno como elemento basilar e primeiro para a construção do sistema penal.

Nesse sentido, os princípios constitucionais revelam as opções políticas fundantes do sistema dogmático. É evidente que os termos e conceitos indeterminados do texto constitucional – e sua constante revisão decorrente do caráter possibilista e contingente do método de

1. Artigo convidado.

interpretação das normas[2] – e seus aspectos muitas vezes conflitantes, conferem um caráter instável e relativo a tais princípios, mas isto não esvazia seu potencial de limitação da operação hermenêutica,[3] seja em sentido negativo – a impedir valorações contrárias a seu sentido literal mínimo – seja em sentido positivo – a orientar o desenvolvimento dogmático em prol de sua maior eficácia possível.

Os princípios constitucionais oferecem ao intérprete as pautas para a argumentação válida no campo da aplicação da norma penal. A partir deles serão construídos e materializados os institutos dogmáticos, em uma progressiva concretização de conceitos derivados, até o desenvolvimento último de orientações pragmáticas que solucionem os casos concretos.[4]

O modelo Democrático de Direito implica o reconhecimento da dignidade humana como valor político máximo. Esta dignidade é caracterizada pela liberdade de determinação do indivíduo, a ser preservada e promovida por políticas públicas estatais positivas ou negativas, cuja concretização exigirá a construção de pautas de comportamento específicas para os membros da sociedade.

A preservação/promoção da dignidade se faz pelo uso de instrumentos de controle social, públicos ou privados, promocionais ou repressivos, dentre os quais o mais agressivo e solene é o direito penal. Agressivo porque, no intuito de preservar a dignidade, usa de meios que afetam esta mesma. Solene porque, dada tal peculiaridade, limita-se a

2. Segundo Haberle, a interpretação jurídica deve ser uma atividade de pensar em e desde outras alternativas. No estado plural é essencial o permanente questionamento sobre outras possibilidades de interpretação, de forma a ampliar os horizontes visual e permitir a inclusão de novas realidades em seu núcleo. Afirma que "quanto mais aberto, plural e politico seja uma determinada ordem constitucional – junto com a sua correspondente parte dogmática – tanto mais relevante será esse tipo de reflexão possibilista". *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 64.

3. Sobre o desenvolvimento do conceito dogmático, ver Silva Sánchez, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p.72 e ss.

4. O que não significa que o método dedutivo seja o único método válido para a solução de casos, vez que os problemas reais apresentam importantes aportes para a correção de linhas argumentativas e para a materialização conceitual em sentidos diversos.

incidir sobre o menor número de situações possíveis – ao menos em tese – apenas sobre aquelas insuportáveis à dignidade humana, cujo controle é inviável por outros mecanismos de regulação (direito civil, administrativo, etc.).

O direito penal, portanto, enquanto instrumento de controle social do Estado Democrático de Direito, está submetido aos seus preceitos, especialmente ao respeito à dignidade, que, em relação de tensão dialética – ou esquizofrênica –, ele mesmo relativiza com o escopo de proteger. Ao aplicar a pena – em especial a pena privativa de liberdade –, o direito penal afeta a dignidade do condenado com o intuito de restabelecer a vigência da expectativa de dignidade dos demais membros da comunidade – e garantir seu funcionamento. Assim, o direito penal protege expectativas de dignidade – ou seja, expectativas de disposição de bens jurídicos – pela violação ou relativização desta mesma dignidade em relação ao réu.

Esse conflito interno jamais será superado, mas pode constituir a base de um sistema dialético se a previsão e aplicação da pena for limitada por preceitos que impeçam a exagerada mitigação da dignidade do réu, afinal, o absoluto desprezo pelos bens jurídicos do condenado pelo Estado afeta a expectativa de validade destes bens e poderá afetar todo o sentido funcional da pena.

Assim, o controle penal para proteção de bens jurídicos relacionados com a dignidade humana está submetido a princípios como a legalidade – que determina previamente os espaços do exercício da liberdade – a subsidiariedade, a fragmentariedade, a lesividade, a utilidade e a necessidade da pena, e a proporcionalidade, dentre outros que tensionam o *ius puniendi* em um movimento pendular próprio de um Estado plural e Democrático de Direito.

Dentre esses princípios, a proporcionalidade exerce um importante papel. A proporcionalidade – para o injusto culpável – caracteriza-se como o princípio que qualifica a pena aplicada de acordo com a gravidade do comportamento ou de seu resultado. Sua relação com a dignidade humana é patente porque a aplicação da pena de forma desproporcional determina a restrição exagerada do campo de liberdade, e desequilibra a dialética da política criminal em favor de seus aspectos repressivos.[5]

5. CORREA, Teresa Aguado. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 113.

E essa medida de proporcionalidade entre pena e comportamento tem estreita relação com a ideia de finalidade da pena, pois ganha importância na medida em que a dogmática se afasta da preocupação com as funções de prevenção geral negativa ou de prevenção especial da pena. As teorias da prevenção geral negativa e da prevenção especial negam importância vital à proporcionalidade entre fato e pena, preferindo uma proporcionalidade entre "possível repetição do fato" e pena,[6] ou "capacidade de ressocialização" e pena. A prevenção geral negativa aponta na pena uma missão de ameaça, logo, sua medida decorre da capacidade de inibir comportamentos desvalorados, nem sempre relacionada com o desvalor do resultado ou do comportamento em seu sentido social. Já a prevenção especial verifica na pena a função de ressocialização, de forma que sua duração e medida decorrem da capacidade do indivíduo de introjetar valores, distanciando-se também do fato praticado. É certo que também é verificável aqui uma proporcionalidade, mas que não decorre da correlação entre fato (comportamento/resultado) e pena, mas entre outros institutos externos ao injusto penal em si (prevenção geral ou capacidade de ressocialização).

A ideia de proporcionalidade entre injusto e pena tem origem nas concepções retribucionistas da pena, que negam seu caráter utilitário social e fixam sua medida na gravidade do resultado. Assim, a força da proporcionalidade será maior quanto menos utilitarista for a concepção da finalidade da pena, a não ser que se defenda – como o faz Roxin[7] – uma finalidade preventiva da pena que seja limitada pela culpabilidade, conceito que carregaria a proporcionalidade em seu âmago.

Há, portanto, uma espécie de antagonismo entre função preventiva da pena e princípio da proporcionalidade – ou bem este fundamenta teorias absolutas da pena, ou bem é apontado como elemento de contenção dos propósitos preventivos. Este caráter de contenção torna-se evidente quando se verifica que a retomada recente do princípio da

6. Como afirma Beccaria: "Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum". Esta relação da medida da pena com a possibilidade de repetição do crime afasta-se do conceito de proporcionalidade relacionada com o bem jurídico erigido pelo retribucionismo que funda o princípio atualmente. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Bauru: Edipro, 2003, p. 64.

7. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3.ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 55.

proporcionalidade surge justamente no campo das medidas de segurança, como instituto de restrição de tais instrumentos nitidamente preventivos, sobre os quais não pesa o limite da culpabilidade – que no campo da pena pode imprimir certos limites atinentes à proporcionalidade[8] – e que carecem de mecanismos principiológicos para conter o arbítrio na decisão sobre a intensidade da atuação estatal sobre o indivíduo.

Por outro lado, essa contraposição das teorias preventivas da pena com a proporcionalidade é atenuada quando se trata da teoria da prevenção geral positiva. Com efeito, a prevenção geral positiva vê na pena um elemento de consolidação de valores e expectativas, e esta introjeção de valores seria mais difícil sem o caráter didático da proporcionalidade entre fato e pena, como mais adiante explicitado.[9] Assim, pode-se concluir que a proporcionalidade convive de forma harmônica com esta teoria da pena, da mesma forma que o faz com as teorias absolutas e com a teoria preventiva limitada de Roxin.

Ocorre que mesmo neste campo em que a teoria da pena convive com a proporcionalidade, não existem critérios claros sobre os parâmetros para sua aplicação. A eterna dicotomia do injusto entre desvalor da conduta e desvalor do fato afeta os critérios para a medição da proporcionalidade: a pena estará relacionada à gravidade do resultado ou ao tamanho da falha na concepção ética do agente revelada pela conduta direcionada a este resultado?[10] E o próprio definhamento das bases ontológicas da conduta e dos resultados a ela atribuíveis dificulta o estabelecimento apriorístico de parâmetros de proporcionalidade.[11]

Mas, ainda que não seja possível formatar com precisão os parâmetros da proporcionalidade, que dependerão dos elementos que carac-

8. Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 4. ed. Barcelona: Reppertor, 1996, p. 99.

9. Idem, p. 100.

10. Como já apontava Von Liszt, há "sempre dois pontos de vista: um objetivo, proveniente da gravidade da lesão dos bens jurídicos, outro subjetivo, correspondente à direção que a vontade segue" razão pela qual a proporcionalidade seria um princípio contraditório e de difícil aplicação sem o suporte da finalidade da pena. *A ideia do fim no direito penal*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 53.

11. Gomes, Mariângela Gama de Magalhães. A Lei n. 11.923/09 e outra vez a desproporcionalidade no ordenamento jurídico penal. *Boletim IBCCrim*, n. 199, São Paulo, jun. 2009, p. 08-09.

terizam determinada sociedade, em determinado momento histórico, é importante frisar o papel que este princípio desempenha no Estado de Direito e suas principais consequências.

A função da pena – a nosso ver – é a estabilização de expectativas de comportamentos, sobre a qual se sustenta a segurança – ou a sensação de segurança – sobre a conduta do outro. Evidente que a pena não visa assegurar expectativas sobre quaisquer comportamentos, mas apenas aqueles importantes para o funcionamento da sociedade, e, em se tratando de um Estado Democrático e Direito, aquelas que constituem o âmbito de liberdade do indivíduo e as condições necessárias para seu exercício.

Nesse sentido, a pena não tem o escopo de ameaçar – prevenção geral negativa – mas de criar na comunidade a expectativa de que determinados valores/bens são objeto de proteção e, por isso, os demais abster-se-ão da prática de comportamentos que possam afetá-los.[12] Isso não significa o fim destes comportamentos, mas a finalidade restará alcançada se consolidar a sensação de segurança almejada – não em um sentido estritamente simbólico passageiro, mas decorrente da constatação da real e útil proteção de tais bens no transcorrer do tempo.

Esta expectativa será alcançada – no Estado Democrático de Direito – se a aplicação da pena mostrar a preocupação com a dignidade do apenado. O exagero, a violência excessiva, o exacerbamento na aplicação da pena, ao contrário de fortalecer o sentimento de segurança social, acabam por mitigá-lo, vez que se constata plasticamente que o próprio Poder Público afronta expressamente a dignidade daqueles submetidos a seu controle. Do contrário, a aplicação da pena com respeito à autonomia, com escopo de oferecer novas oportunidades de convívio social, acaba por restabelecer a sensação de estabilidade, de respeito aos valores mesmo diante daquele que afetou bens tutelados pelo direito penal.

Assim, a ideia de proporcionalidade não decorre de um imperativo absoluto, carente de justificação, imposto pela racionalidade ao legislador, mas como um elemento de política criminal – estabelecido por um consenso intersubjetivo no texto constitucional – importante para conferir estabilidade às expectativas necessárias ao funcionamento da sociedade, em especial no modelo Democrático de Direito.

12. JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoria de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 26.

A proporcionalidade atua em três momentos distintos. Em primeiro lugar, no plano da previsão abstrata. No momento da criação do tipo penal, cabe ao legislador avaliar a importância do bem jurídico protegido, o desvalor social do comportamento, a intensidade da lesão ou do perigo, e apontar a pena cabível, que guarde relação de proporcionalidade com o crime e com as penas atribuídas a outros comportamentos previstos no ordenamento. A eficácia da prevenção positiva depende da compreensão social das ponderações de valores, comportamentos e penas, que conformem um sistema harmônico e lógico, que faça sentido para o cidadão comum.

No segundo plano, a proporcionalidade tem vigência na aplicação concreta da pena, diante da constatação do injusto culpável e punível. Os parâmetros do método trifásico, com base no disposto no art. 59 do CP, revelam a preocupação do próprio legislador com a proporcionalidade nesta fase.

Por fim, mostra-se importante o recurso à proporcionalidade na execução da pena. Em primeiro lugar, em relação ao ato praticado, de forma que mesmo a total falta de vontade ou capacidade de ressocialização não legitimará uma extensão de pena maior que a culpabilidade revelada na fixação da pena concreta. Em segundo lugar, em relação à capacidade de reinserção social, que – ainda que não justifique uma pena maior – pode abrandar ou diminuir a execução da sanção pela concessão de inúmeros benefícios, como a progressão de regime, o livramento condicional ou a remição.

O objeto de presente estudo é a análise da observância do princípio da proporcionalidade no plano abstrato, no momento de elaboração legislativa da norma que origina o dever geral de conduta, e a possibilidade de controle judicial desta observância.

3. Produção legislativa e sociedade de risco

A análise da produção legislativa brasileira sob a ótica da proporcionalidade exige a contextualização da forma de produção dos diferentes discursos sociais que impactam na formulação da política criminal, e a avaliação das técnicas legislativas mais frequentemente utilizadas para transformar tais discussões em textos legais com preceitos primários e secundários, estes últimos revelados como objeto de medição da proporcionalidade.

Em regra, não se pode dizer que haja em um Estado de Direito uma estratégia única de política criminal. A própria pluralidade dos discursos

e interesses, bem como as distintas concepções normativas, acabam por conceber diversas linhas de atuação política criminal, concretizadas em distintos setores de consolidação de políticas públicas. Assim, o legislador sistematiza e desenvolve diretrizes de política criminal, buscando um consenso nem sempre possível na heterogeneidade dos interesses e setores representados no parlamento, ao mesmo tempo em que é possível a concepção de diretrizes distintas pelos órgãos do Poder Executivo, cujas decisões estratégicas passam por outras esferas de debate, que, por sua vez, podem ser substancialmente diferentes da concepção judicial ou com os ideais acadêmicos de política criminal.

Essa heterogeneidade complexifica a compreensão dos rumos da política criminal em uma sociedade plural, mas, ao mesmo tempo, enriquece o debate e permite a construção de soluções democráticas para o enfrentamento daqueles comportamentos identificados como contrários às expectativas de autodeterminação no Estado Democrático de Direito.

É sob esse aspecto de interatividade entre os setores responsáveis pelo desenvolvimento de políticas criminais, e sob a ótica de um sistema penal construído com o objetivo (dentre outros) de estabilizar expectativas de respeito à dignidade humana que passamos a avaliar as estratégias de construção e interpretação das normas e princípios penais na atualidade.

O desenvolvimento da política criminal e a formulação de propostas para o aprimoramento da produção legislativa, dos institutos dogmáticos e da execução da pena são profundamente influenciados pelas transformações econômicas e sociais. A dinâmica das transformações na sociedade contemporânea, com a superação cotidiana de paradigmas, e a apresentação de novidades tecnológicas que colocam em novo patamar as relações sociais impactam a formatação do sistema penal. O inédito sempre carrega a incerteza, e a intensa frequência deste inédito torna a incerteza um elemento do cotidiano, acarretando uma crise de sentido nos discursos que sustentam a construção dos rumos da política criminal.

Pode-se dizer que essa incerteza advém do risco oriundo das transformações sociais. A rapidez das mudanças e da criação de novas tecnologias, de novos âmbitos de organização, traz consigo uma sensação de exposição de bens jurídicos a um risco maior, nunca antes imaginado – ainda que seja apenas um sentimento, que não decorre necessariamente do real grau de perigo ao qual são submetidos os bens.

O grande paradigma que surge é: qual o grau de risco – ou de sensação de risco – que a sociedade está disposta a aceitar para usufruir das benesses das transformações e evoluções tecnológicas? Em outras

palavras, qual o patamar de risco permitido e não permitido, e quais os mecanismos de controle existentes para conter a velocidade da transformação social?

Vive-se em um paradoxo do risco, definido como uma espécie de esquizofrenia estrutural da sociedade de consumo, em que os discursos sobre o conceito do risco permitido e não permitido colapsam em antagonismos insuperáveis. Vive-se em uma sociedade dependente das evoluções tecnológicas, ansiosa por novos insumos e produtos, em que o modelo econômico é sustentado sobre a criação incessante do novo – a criação do novo é necessária para sobreviver à livre concorrência. No entanto, os riscos inerentes a este mesmo novo – ou o desconhecimento sobre os efeitos maléficos que podem advir deste novo – fomentam uma sensação inédita de insegurança, que resulta paradoxalmente na radicalização de discursos pela diminuição na intensidade de novidades até que seja restabelecido um patamar de segurança.[13]

Aqui reside o paradoxo: a sociedade de consumo depende estruturalmente da massificação de técnicas e produtos inéditos cujos riscos inerentes são completa ou parcialmente desconhecidos (celulares, ondas de rádio, microondas, alimentos transgênicos, queima de combustíveis), mas ao mesmo tempo rechaça os riscos inerentes desta massificação, em decorrência de uma sensação de insegurança sempre reforçada pelas eventuais concretizações de suspeitas catastróficas, como a descoberta dos efeitos colaterais graves decorrentes do uso de determinados medicamentos, ou os desastres ambientais relacionados a novas tecnologias de produção agrícola. O inédito é, ao mesmo tempo, desejado e temido.

Esse sentimento contraditório e complexo que resulta da dependência estrutural e psicológica do novo em contraste com a sensação de temor diante deste mesmo novo, e dos riscos que supostamente o envolvem, conforma o paradoxo que envolve as relações sociais e a produção legislativa penal.[14]

A consolidação desse paradoxo turba as expectativas de comportamento asseguradas pelas construções normativas. Ainda que o risco decorrente das novidades não seja necessariamente real ou concreto, a falta de instrumentos para a caracterização dos efeitos possíveis do novo cria a sensação de insegurança que abala as expectativas de preservação

13. Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 40.

14. Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI, 2002, e *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.

de bens e de livre desenvolvimento humano. Não é o perigo constatado que determina a ansiedade social, mas a obscuridade do risco incerto presente nos produtos de uso mais cotidiano. É desta ignorância que nasce o paradoxo, pois se teme aquilo que se tem como imprescindível.

Esse sentimento de insegurança é intensificado pela democratização dos riscos contemporâneos.[15] Os possíveis ou imaginados danos relacionados com os novos produtos não respeitam fronteiras geográficas, sociais ou classes econômicas. O desequilíbrio ecológico, a contaminação do ar, o aquecimento global, o desastre nuclear, ainda que afetem de maneira mais intensa as camadas sociais menos abastadas, também agridem os próprios agentes produtores do risco, revelando uma abrangência mais ampla da lesão possível.

A intensificação da sensação de insegurança, pela democratização dos riscos e pela distorção em sua percepção, acirra o discurso pela restrição de atividades arriscadas que, ao mesmo tempo, são imprescindíveis para o desenvolvimento econômico dentro do atual modelo de livre concorrência. A expectativa econômica de inovação, que faz funcionar o sistema atual de produção e consumo, abala a expectativa de segurança, e coloca em crise a estrutura deste mesmo modelo. Este embate discursivo antagônico, paradoxal e autofágico tem consequências em todos os níveis de organização social, com potencial para desestruturar sua base estável e abalar os mecanismos de controle normativo, dentre os quais a produção legislativa.

Como ensina Eros Grau, o modelo de organização econômica determina e informa o direito, mas este, como esfera receptiva de outros discursos sociais, também reflete suas pretensões sobre o modo de produção.[16] Esta tensão dialética intensifica-se ao máximo diante do paradoxo do risco, que apresenta posições opostas e inconciliáveis. Ao mesmo tempo em que o modelo econômico tem no risco seu elemento

15. Giddens, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991. De Giorgi, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Revista do curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina*, n. 28, Florianópolis, jun. 1994, p. 45-54. Bottini, Pierpaolo Cruz. Op. cit. Buergo, Blanca Mendoza, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 23. Varella, Marcelo Dias (org.). *Direito, sociedade e riscos*. Brasília: UniCeub, 2006.

16. Nesse sentido: Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 40.

estrutural nuclear, forma-se na sociedade um consenso intersubjetivo de rechaço a este mesmo elemento, que unifica conjunturalmente as diferentes classes sociais.

A fonte primária da norma, o Legislativo, será a arena nuclear da disputa discursiva pela determinação do risco permitido, levada a cabo por setores econômicos e sociais aptos a impactar o modelo institucional de regulação das atividades produtivas e a falta de consenso sobre o risco tolerado dentro destes mesmo setores afetará a produção legislativa, tornando-a dúbia e contraditória.

4. Técnica legislativa e proporcionalidade

A produção legislativa penal[17] pós-Constituição de 1988 revela a perplexidade do legislador diante das novas situações de risco e a tentativa de superar a insegurança pela criação de tipos penais que abarquem os comportamentos intoleráveis ou que pelo menos simbolizem uma resposta aos discursos desesperados por seu controle.[18]

A dificuldade técnica de compreender os novos riscos e separar o realmente perigoso do inócuo resulta na proibição de tudo o que não seja certamente seguro. O princípio da precaução ingressa na seara penal.[19] Como aponta Serrano: "O sistema político não pode combater o medo da catástrofe, está estruturalmente limitado neste ponto. Portanto, a única forma de atuação que lhe resta é combater o objeto do medo. Isto introduz um desvio negativo a toda gestão pública de riscos, convertendo-a numa política de proibições e restrições, de sanções e limitações".[20]

17. A comparação das penas e dos tipos penais foi realizada com o auxílio do Sispenas – instrumento desenvolvido pelo Ministério da Justiça que possibilita a comparação entre diversos tipos penais com parâmetros nas penas. Disponível em: [http://sispenas.mj.gov.br/sispenas/login.php/security/login].

18. Hassemer, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999. Uma abordagem interessante sobre a racionalidade inerente ao processo legislativo penal brasileiro, ver Paiva, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 78 e ss.

19. Casabona, Carlos Maria Romeo. Aprotaciones del principio de precaucion al derecho penal. In: _____ (org.). *Principio de precaucion, biotecnologia y derecho*. Bilbao-Granada: Comares, 2004.

20. Serrano, José Luis. A diferença risco/perigo. In: Varela, Marcelo Dias (org.). *Direito, sociedade e riscos*. Brasília: UniCeub, 2006, p. 61.

O incremento da sensação de risco por parte da população – que decorre menos da quantidade de risco real e mais das características já referidas dos riscos contemporâneos – e a consolidação dos discursos pela restrição de atividades relacionadas com este risco impacta a produção legislativa e acarreta a expansão de mecanismos para seu controle. Na seara penal, percebe-se uma ampliação dos campos de interesse de atuação legislativa, um crescimento do âmbito de incidência normativa.

A análise das transformações legislativas após a promulgação da Constituição de 1988 revela uma expansão do direito penal, seja pela criação de novos tipos penais (Lei do preconceito racial – Lei 7.716/1989, Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990, Crimes contra a ordem tributária – Lei 8.137/1990, Crimes contra a ordem econômica – Lei 8.176/1991, Lei do crime organizado – Lei 9.034/1995, Lei de crimes ambientais – Lei 9.605/1998 e de lavagem de dinheiro – Lei 9.613/1998, alterações no Código Brasileiro de Trânsito – Lei 11.705/2008, a Lei 11.923/2009 que regulamenta a punição do sequestro relâmpago, seja pela ampliação das medidas processuais constritivas (Regulamentação da prisão temporária – Lei 7.960/1989), ou pela intensificação das penas e do modo de sua execução (Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/1990, dentre outras).[21]

Não por acaso, quase todas as leis criadas no período criam novos tipos penais ou aumentam penas existentes, ainda que algumas inflexões pequenas sejam notadas, como a Lei 9.714/1998, que consolidou as penas alternativas à prisão, a Lei 11.343/2006, que afasta a pena de prisão para os casos de uso de droga, ou da Lei 11.983/2009 que revoga o art. 60 do Dec.-lei 3.688/1941 (Lei de Contravenções Penais), que apontava como contravenção a mendicância, dentre outros exemplos.

Essa expansão do direito penal – muitas vezes determinada pela necessidade de responder imediatamente a processos de radicalização da insegurança social e rechaço aos riscos – leva à produção de tipos penais meramente simbólicos, ou seja, à criação de figuras penais atécnicas, desprovidas de elementos de razoabilidade, que mais comprometem a estrutura do sistema penal do que contribuem para seu aparente forta-

21. Como aponta Ripollés, este é um movimento comum em todas as nações Ibero-americanas. Ripollés, José Luis Díez. La política legislativa penal iberoamericana a princípios del siglo XXI. *Derecho penal del siglo XXI*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo Nacional del Poder Judicial, 2008, p. 153 e ss.

lecimento. O açodamento na construção de tipos delitivos muitas vezes compromete os parâmetros de proporcionalidade exigidos para um sistema eficiente.

Ainda que seja difícil – ou mesmo impossível[22] – estabelecer critérios para a proporção absoluta entre crime e pena, é possível estabelecer critérios gerais relativos que ao menos tornem coerente o ordenamento do ponto de vista da proporcionalidade. Esta coerência – ao menos dentro do Estado Democrático de Direito que se pauta pela proteção das expectativas de dignidade – exige a intensificação da pena quanto mais importante o bem jurídico tutelado, quanto mais próxima a lesão a este mesmo bem, e quanto mais reprovável o elemento subjetivo da conduta.

Dessa forma, os crimes de perigo abstrato devem apresentar pena mais branda do que os crimes de lesão, os crimes que afetam bens mais relevantes – como a vida ou a liberdade sexual – devem acarretar consequências mais rigorosas do que aqueles que lesionem ou coloquem em risco bens menos relevantes ou mais distantes da afetação individual, bem como os delitos culposos devem ser reprimidos com sanções mais leves do que os dolosos.

No entanto, são vários os dispositivos que vão de encontro a tal sistemática na legislação brasileira. É o caso da Lei 11.705/2008, que altera a redação do tipo penal de embriaguez ao volante, não parece respeitar o princípio da proporcionalidade. A redação antiga do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro descrevia tal delito como "conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem", ou seja, exigia expressamente a constatação da periculosidade da conduta, do dano potencial, caracterizando-se como um delito de perigo abstrato-concreto.[23]

22. Como expõe Ferrajoli ao estabelecer a distinção qualitativa entre delito e pena: um é quantificável e o outro não pode ser reduzido a proporções aritméticas, de forma que a relação de proporcionalidade estará sempre comprometida no que concerne ao delito singular e poderá ser aferida apenas por aproximação diante do conjunto do ordenamento, em: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998, p. 399.

23. Sobre tais crimes, ver: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 98.

A nova redação dispõe o crime como "conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer substância psicoativa que determine dependência". A exclusão da menção à potencialidade perigosa do comportamento, e sua substituição pela mera constatação do teor de álcool no sangue do motorista transforma o tipo em crime de mera conduta. No entanto, a pena prevista é exatamente igual à anterior – detenção de seis meses a três anos.[24]

Ademais, é de se destacar que a pena prevista para a embriaguez ao volante é maior do que aquela prevista para alguns crimes de resultado lesivo cujos bens são até mais importantes do que a organização do trânsito, como o crime de privar criança ou adolescente de sua liberdade (art. 230 da Lei 8.069/1990: "privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente",– detenção de seis meses a dois anos), ou de constrangimento ilegal (art. 146 do CP: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite ou a fazer o que ela não manda" – detenção de três meses a um ano).

As Leis 12.012/2009 e 11.466/2007, por sua vez, estabelecem a pena de três meses a um ano àquele que faz ingressar ou promove/facilita o ingresso de aparelho celular em estabelecimento prisional, e ao diretor da penitenciária ou ao agente público que deixar de vedar o acesso do preso a aparelho telefônico. Ainda que a pena seja similar a outros atos preparatórios puníveis como a emissão de títulos ao portador sem autorização legal (art. 292, CP)[25] não parece que guarde proporcionalidade

24. Cabe apontar que, em nosso ver, os crimes de mera conduta não apresentam dignidade penal em si, e devem ser interpretados como crimes de periculosidade, ou seja, cabe ao intérprete conferir materialidade à conduta e averiguar se esta ao menos criou um risco em potencial para o bem jurídico tutelado. Neste sentido, a alteração seria inócua, porque a interpretação da nova redação do tipo de embriaguez ao volante, para adequar-se ao princípio da ofensividade, exigiria a demonstração da capacidade de causação de dano ou de perigo concreto do comportamento Sobre o tema: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., passim.

25. "Art. 292. Emitir, sem permissão legal, nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago".

– em gravidade ou desvalor – com o constrangimento ilegal – supramencionado – que afeta diretamente a liberdade do indivíduo.

Já a Lei 11.923/2009, que alterou o Código Penal para criar a figura típica do sequestro-relâmpago (art. 158, § 3.º, do CP: "Se o crime [de constrangimento ilegal] é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica") também revela uma profunda falta de compromisso com a proporcionalidade. Como bem aponta Gomes, não há racionalidade em punir com pena de seis a doze anos a privação de liberdade com finalidade de obtenção de vantagem econômica, e com pena de dois a oito anos a lesão corporal que resulte em incapacidade permanente para o trabalho, perda de membro ou deformidade permanente (art. 129, § 2.º, IV, CP), ou em punir este "sequestro-relâmpago" com a mesma pena mínima do que o homicídio – seis anos (art. 121, CP).[26]

Da mesma forma, afronta a proporcionalidade a Lei 10.695/2003, que alterou o art. 184 do CP para fixar a pena do crime de violação de direitos autorais com o intuito de lucro em dois a quatro anos, cuja sanção mínima é idêntica à do homicídio tentado ou do infanticídio.[27]

Por fim – sem que os exemplos encerrem o vasto elenco de problemas legislativos referentes à proporcionalidade –, também no que se refere ao crime de receptação (art. 180, CP) há problemas de proporcionalidade. O tipo penal simples de receptação "Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte", tem pena de um a quatro anos de reclusão, ao passo que a receptação qualificada (art. 180, § 1.º, CP)[28] – que se diferencia da simples pelo uso comercial ou industrial do objeto recebido e pela possibilidade de ser praticada com dolo eventual – acarreta pena de três a oito anos de reclusão.

26. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 08-09.

27. Como bem aponta: PEIXOTO, Marcos Augusto Ramos. Possibilidade de controle jurisdicional sobre a proporcionalidade da pena *in abstrato*. *Boletim IBCCrim*, n. 153, São Paulo, ago. 2005.

28. "Art. 180. (...) § 1.º Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime".

Ora, não se justifica pena tão exacerbada, ainda mais quando na forma simples de receptação há dolo direto – o agente precisa saber que a coisa é produto de crime – enquanto que na forma qualificada basta o dolo eventual – que ele "deva saber" que a coisa tem origem criminosa.[29]

Mas não apenas o açodamento na criação de tipos penais afeta a proporcionalidade. Outros aspectos da produção legislativa decorrentes da nova formatação social contribuem para macular este mesmo princípio.

O caráter inédito dos novos riscos exigiu do legislador o uso de técnicas peculiares na elaboração típica – especialmente quando se propõe a regular esferas específicas de risco, como é o caso da circulação de veículos ou dos experimentos genéticos – que também tem impacto na preservação da proporcionalidade. A dificuldade em distinguir os comportamentos arriscados dos inócuos nestas searas, e o potencial perigo inerente a determinadas condutas, leva à antecipação da tutela penal, ao uso da técnica dos crimes de perigo abstrato. Neste sentido, a tônica da legislação pós-1988 foi a criação de tipos de perigo abstrato, como os crimes contra o consumo – boa parte dos crimes previstos na Lei 8.078/1990 são de perigo abstrato – os crimes contra as telecomunicações (Lei 9.472/1997), os crimes ambientais (Lei 9.605/1998, onde também são inúmeros os crimes de perigo abstrato), e, mais recentemente, as leis que vedam o ingresso de aparelhos telefônicos em presídios (Leis 11.466/2007 e Lei 12.012/2009) – autênticos atos preparatórios punidos como crimes autônomos –, e a regulação do crime de embriaguez ao

29. Como salienta Franco "Ora, tendo-se por diretriz o princípio da proporcionalidade, não há como admitir, sob o enfoque constitucional, que o legislador ordinário estabeleça um preceito sancionatório mais gravoso para a receptação qualificada quando o agente atua com dolo eventual e mantenha, para a receptação do *caput* do art. 180, um comando sancionador sensivelmente mais brando quando, no caso, o autor pratica o fato criminoso com dolo direto. As duas dimensões de subjetividade 'dolo direto' e 'dolo eventual' podem acarretar reações penais menos rigorosas em relação ao 'dolo eventual'. O que não se pode reconhecer é que a ação praticada com 'dolo eventual' seja três vezes mais grave – é o mínimo legal que detecta o entendimento do legislador sobre a gravidade do fato criminoso – do que quase a mesma atividade delituosa, executada com dolo direto. Aí, o legislador penal afrontou, com uma clareza solar, o princípio da proporcionalidade", Franco, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7.ed. São Paulo: Ed. RT, 2001, vol. 2, p. 2969, item n. 10.00.

volante – que na redação antiga exigia a demonstração da periculosidade da conduta e passou a dispensar tal constatação.[30]

Por outro lado, a mesma dificuldade de descrição das condutas desvaloradas leva à proliferação de crimes culposos – cuja descrição típica é restrita ao resultado –, das normas penais em branco, nas quais se relega à autoridade administrativa a complementação dos elementos típicos – e dos tipos indeterminados – nos quais a complementação normativa será realizada pelo magistrado.

Essas técnicas legislativas impactam a proporcionalidade – seja no aspecto da prescrição normativa, seja em relação à sua concretização. A pouca precisão – ou abstenção – na descrição da conduta (crimes culposos, normas penais em branco e tipos indeterminados) ou do resultado (crimes de perigo) permite que diversos comportamentos – de gravidade e intensidade diferente – sejam subsumidos no mesmo espaço típico, com efeitos danosos à proporcionalidade. Neste aspecto, ou o legislador estabelece um lapso de pena muito grande, de forma a transferir ao magistrado a verificação da proporcionalidade de acordo com as características concretas da ação e do resultado – como o faz com o peculato (pena de dois a doze anos, art. 312 do CP)[31] ou com a inserção de dados falsos em sistema de informações da Administração Pública (dois a doze anos, art. 313-A do CP)[32] – ou determina com mais precisão o espaço entre os patamares de pena. Mas, neste último caso, acaba por mitigar a proporcionalidade já no plano abstrato, em geral com penas excessivas para comportamentos de baixa gravidade.

É o que ocorre com o crime de estupro (art. 213, CP) que estabelece uma pena mínima de seis anos para todo aquele que "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". Ora, aqui se equipara a pena mínima daquele que tem conjunção carnal à força com outrem àquele que força que outro, por exemplo, toque em

30. Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, pela Lei 11.705/2008.

31. "Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio".

32. "Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano".

suas partes íntimas, em evidente desproporcionalidade, a demonstrar como a falta de precisão na elaboração legislativa pode afetar concretamente a aplicação do princípio na seara penal.

5. Proporcionalidade e corte social

O problema da desproporcionalidade na legislação penal brasileira pode ainda ser observado por outro aspecto, mais sutil, que revela com intensidade os efeitos da dificuldade do legislador em determinar o risco permitido e o caráter simbólico de um ordenamento que busca legitimidade mais na divulgação de sua existência do que em sua utilidade/racionalidade para a proteção efetiva de bens jurídicos.

Como já mencionado, o aumento da sensação de insegurança na chamada sociedade de risco implica o aumento da demanda social pela restrição às atividades arriscadas, ou às atividades cujas consequências são desconhecidas. A intensificação dos discursos pela redução deste risco contrasta com a constatação de que estes riscos são necessários para o funcionamento da sociedade – dentro do modelo econômico escolhido e posto – como apontado alhures.

Assim, ao lado da demanda pela ampliação dos campos de regulação, há uma resistência à expansão do direito penal, especialmente quando este incide diretamente sobre setores considerados produtivos ou economicamente importantes. Nota-se um rechaço à expansão penal quando seus efeitos recaem sobre representantes deste setor, especialmente nas hipóteses em que o comportamento não tem conotação plástica, ou seja, é praticado sem violência e sem uma vítima concreta – caso dos crimes econômicos, lavagem de dinheiro, crimes fiscais.

Esse paradoxo coloca o legislador entre dois discursos antagônicos – aquele que pugna pela ampliação do poder punitivo, e aquele que aponta o perigo do excesso penal para a atividade econômica e para o próprio modelo de desenvolvimento – que resultará em uma atividade legislativa aparentemente expansiva, como apontado acima, mas com a sutil implementação de mecanismos que minimizem a incidência repressiva sobre atos e personagens que representam o setor economicamente dominante.

Assim, a expansão do direito penal com o escopo de satisfazer os discursos por segurança pública, não afeta de forma igualitária todos os setores sociais, e incide de forma desproporcional de acordo com o crime praticado e a classe social com ele relacionada. Ainda que se propale

o caráter democrático da expansão penal, e se aponte como exemplo disto a criação de tipos penais voltados à criminalidade das classes mais abastadas – crimes econômicos, fiscais e ambientais –, é importante notar que este fenômeno é apenas aparente, ou pelo menos não ocorre na intensidade com a qual é propagado pelo próprio Poder Legislativo.

A produção de novos tipos penais vem acompanhada da criação de discretos mecanismos de escape que afastam ou dificultam sua aplicação concreta. Tomemos como exemplo os crimes fiscais. A Lei 8.137/1990 tipifica inúmeras condutas de fraude ao sistema fiscal, que, em geral, são praticadas por agentes oriundos das camadas mais abastadas da sociedade. No entanto, em diversos diplomas legais, o legislador estabelece que o pagamento do débito fiscal extingue a punibilidade, mesmo que este seja realizado após o recebimento da denúncia, como previsto na Lei 11.941/2009.

A extinção de punibilidade pelo pagamento – espécie de arrependimento posterior com reparação do dano causado – é uma estratégia de política criminal legítima, que reduz a aplicação da sanção à *ultima ratio* e afasta o desvalor do comportamento quando os valores são restituídos. Ocorre que tal instituto de abrandamento da incidência penal não é democratizado, ou seja, não é estendido a outros delitos de cunho patrimonial nos quais a mesma política poderia perfeitamente ser aplicada.

Nos crimes como o furto (art. 155, CP) e o estelionato (art. 171, CP) – crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça – o pagamento integral do valor subtraído apenas diminui a pena em 1/3 a 2/3, desde que realizado de forma voluntária e antes do recebimento da denúncia (art. 16, CP). Passado este marco, não será possível a diminuição da pena, ainda que o pagamento possa ser levado em conta quando da fixação da pena concreta.

Aqui se verifica a sutil, mas grave, afronta à proporcionalidade. Mais do que a desproporção entre tipos penais – falha que afeta a todos indistintamente – a desproporção na concessão de benefícios de aplicação da pena afeta de forma mais violenta a organização democrática, pois trata os agentes criminosos em distintas classes, negando a alguns o abrandamento da pena concedido aos outros.

Assim, ainda que o sentido da produção legislativa seja expansivo, esta direção não afeta da mesma forma todos os comportamentos desvalorados. Há um corte seletivo, que intensifica a repressão sobre os chamados delitos nucleares, e ameniza por vias mediatas, a incidência da norma

sobre crimes cujos autores, em regra, provêm das classes economicamente dominantes, mesmo que os bens jurídicos afetados sejam idênticos.

Como afirma Gracia Martín, a criminalidade das classes poderosas tem conseguido escapar do direito penal graças ao domínio absoluto que têm exercido sobre o princípio de legalidade penal, desde sua invenção como instrumento formal que inclui, mas, que ao mesmo tempo e sobretudo (o que é muito mais importante), exclui comportamentos criminais no sentido material do discurso da criminalidade.[33]

Em síntese, o paradoxo do risco afeta diretamente a produção da legislação penal. A ausência de consenso social sobre a forma e a medida do gerenciamento de riscos reflete-se em uma legislação errática, com a criação de tipos penais cuja única função é serenar as demandas por mais segurança. Neste sentido, valerá mais a expectativa de tranquilidade gerada pela norma do que a efetiva proteção ao bem jurídico, de forma que o tamanho da pena será mais importante que sua racionalidade, aplicabilidade e proporcionalidade.

Ademais, a desproporção é agravada pela criação de mecanismos que diminuem ou até afastam a aplicação da sanção penal para determinados crimes – em geral aqueles praticados por representantes das classes economicamente dominantes –, sem que os mesmos benefícios sejam estendidos a condutas similares, praticadas contra os mesmos bens jurídicos, cujos agentes pertencem – em regra – a outras classes sociais.

6. Controle judicial da proporcionalidade

Em sendo a proporcionalidade princípio norteador de todo o funcionamento do direito penal Democrático de Direito, o controle de sua observância caberá, em última instância, ao Poder Judiciário. No plano da aplicação concreta da norma isso é evidente, e a intervenção das instâncias judiciais superiores mantendo ou reparando as decisões judiciais iniciais faz parte do funcionamento do duplo grau de jurisdição. No entanto, a questão se torna tormentosa quando se trata da intervenção judicial – com base nos preceitos de proporcionalidade – no resultado da atividade legislativa, ou seja, quando o Judiciário aponta a inconsistência do texto legal face ao princípio da proporcionalidade e afasta sua vigência, já no plano abstrato. Haverá, aqui, uma interferência

33. Martín, Luis Gracia. *Prolegomenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la critica del discurso de resistência*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 164.

ilegítima entre Poderes ou uma regular consolidação do caráter normativo dos preceitos constitucionais?

Parece-nos que a solução passa pela compreensão de que o espaço de construção legislativa não é ilimitado e absolutamente discricionário, mas é pautado pelos princípios constitucionais derivados do modelo de Estado adotado. E desde o advento da Segunda Guerra Mundial, o papel do Judiciário como órgão de controle dos eventuais excessos do Poder Legislativo ganhou destaque.[34] O caráter normativo das Constituições do pós-guerra permitiu o desenvolvimento de mecanismos de ingerência judicial no ordenamento jurídico cada vez mais aprimorados, como as ações diretas de inconstitucionalidade e os mandados de injunção.[35] Desta forma, é importante compreender como o Judiciário brasileiro define o princípio da proporcionalidade e qual a extensão do controle realizado com base neste princípio, sobre as normas editadas pelo legislador.

Em regra, o STF não afasta a possibilidade de intervenção no texto legal nos casos em que este se afaste dos parâmetros de proporcionalidade, como adiante apontado. O fato de que os critérios para aferição da proporcionalidade entre crime e pena não sejam tão nítidos, e tenham caráter mais político que técnico limita a intervenção judicial aos casos em que a decisão legislativa consubstanciada na norma afeta flagrantemente a razoabilidade esperada do ente político. Do contrário, carecerá o Judiciário de legitimidade para imiscuir-se nas opções legislativas – de caráter político e com uma legitimidade eleitoral que falta à magistratura.

Mas, nos casos de exorbitância, poderá o Judiciário – excepcionalmente – interferir e afastar o texto legal, através do controle de constitucionalidade. Ocorre que a Constituição brasileira não explicita o princípio da proporcionalidade. Ainda que este seja um elemento essencial para a dignidade humana, e, portanto, elemento implícito a nortear a atuação do Poder Público, não há um dispositivo que mencione a necessidade de observância da proporcionalidade na seara penal.[36]

Muito embora ausente uma manifestação positivada sobre a proporcionalidade no texto constitucional, o STF tem reconhecido o princípio

34. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 312.

35. Sobre o ativismo judicial e seus contornos – em abordagem crítica, ver: BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 335.

36. Ainda que haja menção à proporcionalidade para casos de direito de resposta (art. 5.º, V, CF/1988).

como diretriz implícita decorrente do próprio modelo Democrático de Direito. Em 1953 há a primeira referência explícita ao princípio, que fundou a decisão da Corte de declarar inconstitucional norma que ampliava em excesso o poder tributário.[37] Já em 1968 percebe-se um esforço hermenêutico em justificar a força constitucional do princípio de proporcionalidade, quando o STF – ao declarar inconstitucionais aspectos da Lei de Segurança Nacional – buscou no art. 150, § 35, da Constituição vigente[38] o subsídio para validar o princípio como diretriz hierarquicamente superior.[39] O disposto no art. 150, § 35 se assemelha ao que hoje é previsto – em linhas gerais – no § 2.º do art. 5.º da CF/1988: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Assim, assentou-se a força constitucional da proporcionalidade no fato deste princípio ser decorrência lógica do modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição.[40]

No entanto, a contribuição mais pungente à fundamentação da proporcionalidade como princípio constitucional implícito surge das discussões nos autos da ADIn 955, nos quais o STF debateu a constitucionalidade da Lei 8.713/1993 – que trata da participação dos partidos políticos nas eleições. Independentemente do mérito da questão posta, naquele momento, o Min. Moreira Alves apontou que tal norma feria "*o princípio constitucional do devido processo legal, que, evidentemente, não é apenas o processo previsto em lei, mas abarca as hipóteses em que falta razoabilidade à lei*", ou seja, apontou a razoabilidade/proporcionalidade como dimensão material do devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF/1988).[41]

37. RE 18.331, mencionado por: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 358.

38. Art. 150, § 35, da Constituição de 1967: "A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota".

39. HC 45.232, mencionado por MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 359.

40. Sobre os fundamentos constitucionais do princípio da proporcionalidade, ver CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 261.

41. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 362.

Com efeito, a obrigatória observância do "devido processo legal" (art. 5.°, LIV, CF/1988) acarreta na caracterização da proporcionalidade como princípio constitucional. Se o constituinte obriga a observância do "devido processo legal" para privar alguém de liberdade ou de seus bens, significa que este "processo" não só deve observar as normas legais pertinentes, como também estas normas pertinentes devem apresentar-se como racionais, com "razoabilidade". A existência de uma norma irracional e seu cumprimento podem até satisfazer uma concepção formal de "devido processo legal" mas não satisfazem sua dimensão material, que exige – além da existência da norma – um conteúdo "razoável" e "proporcional" à mesma.

Se o legislador cria norma sem razoabilidade – flagrantemente desproporcional –, esta restará em conflito com o princípio constitucional do "devido processo legal", em uma antinomia real que autoriza a ab-rogação da primeira ou sua correção, a ser realizada pelo Judiciário em legítimo exercício de interpretação.[42]

Por esse raciocínio, por exemplo, foi afastada liminar e momentâneamente a validade da pena estabelecida para a receptação qualificada (art. 180, § 1.°, CP). O STF – pelo voto ainda em caráter liminar do Min. Celso de Mello –, entendeu desproporcional o estabelecimento de pena maior para a receptação qualificada[43] – em que o dolo é meramente eventual – do que a pena prevista para a receptação simples[44] – para a qual se exige dolo direto, em decisão,[45] da qual se destaca o seguinte trecho:

42. Nesse sentido, ver voto do Min. Celso de Mello ao deferir liminar no HC 92.525, *DJ* 03.04.2008. Válido lembrar que até a finalização deste texto – 13.09.2010 – não havia julgamento final do mérito.

43. "Art. 180. (...) § 1.° Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que *deve saber ser produto de crime*".

44. "Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que *sabe* ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte".

45. Vale destacar que tal posição não é referendada por todo o STF, pois a mesma Corte afirmou a constitucionalidade do art. 180, § 1.°, do CP em outro julgado – RE 443.388, este em definitivo e não em caráter liminar (j. 18.08.2009) – por entender que a qualidade de comerciante ou industrial do agente da receptação qualificada justificaria a pena maior, independente do elemento subjetivo. No entanto, tal decisão não contesta

"Isso significa, portanto, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

(...)

A jurisprudência constitucional do STF, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas".

À mesma conclusão – sobre a possibilidade de controle judicial da proporcionalidade das normas penais – chegou o Min. Gilmar Mendes, ao debater a incidência do princípio da proporcionalidade no julgamento que declarou inconstitucionais aspectos da Lei do Desarmamento (Lei 10.826/2003), apesar de não partir da derivação da proporcionalidade do devido processo legal, mas da fixação de patamares de política criminal no texto constitucional que exigiriam um respeito do legislador à proporcionalidade, seja no aspecto da proibição do excesso – a norma penal não pode punir de forma exagerada – seja no que se refere à proibição de proteção deficiente – a norma penal deve ser capaz de concretizar os mandados constitucionais de criminalização, que estabelecem limites mínimos de intervenção do legislador abaixo dos quais não seria constitucional sua atuação.[46]

os fundamentos da liminar do Min. Celso de Mello – sobre a possibilidade do Judiciário declarar a inconstitucionalidade de normas contrárias à proporcionalidade, pelo que tais argumentos são válidos.

46. Voto Min. Gilmar Mendes nas discussões da ADIn 3.112-1/DF, *DJ* 02.05.2007, que afirma "A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a seguinte máxima: quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional". Ver, também sobre o tema, RE 18.331, mencionado por MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 364.

Esses casos mostram que a Suprema Corte brasileira tem adotado – é certo que ainda timidamente – o princípio da proporcionalidade como elemento justificante de anulação de normas e atos normativos. Este raciocínio – em nosso ver – não é legítimo apenas para o controle abstrato de constitucionalidade. A premissa de que a proporcionalidade deriva do devido processo legal – ou das pautas constitucionais de política criminal razoável – e que, portanto, os preceitos irracionais ou sem razoabilidade conflitam com o texto constitucional, é aplicável e pode ser reconhecida no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, de forma incidental, por qualquer órgão do Poder Judiciário.[47] A consolidação desta concepção poderá servir de parâmetro para que o legislador exerça suas funções típicas sem interferências, mas sempre respeitando os limites constitucionais assinalados, de forma a evitar excessos ou irracionalismos.

Porém, é de se destacar que os aportes do Judiciário sobre a proporcionalidade se limitam ao seu aspecto mais evidente, qual seja, o equilíbrio entre a gravidade do comportamento – e a importância do bem jurídico protegido – e a sanção penal correspondente. Mas não há uma reflexão maior sobre o outro aspecto destacado referente à proporcionalidade: o já mencionado corte social representado pela criação de mecanismos legais que afastam a incidência da norma penal em determinados crimes – em geral econômicos ou financeiros – que não se estendem aos delitos comuns, praticados, em regra, por membros de classes sociais inferiores, como já mencionado.

Pelo contrário, as construções jurisprudenciais tendem a agravar a desproporcionalidade em algumas situações, consolidando o corte social já realizado pelo Legislativo em uma primeira etapa. É o que ocorre no desenvolvimento e aplicação do princípio da insignificância, corolário da aplicação do princípio da proporcionalidade.[48]

O princípio da insignificância foi desenvolvido como instrumento para aplicação da proporcionalidade em casos nos quais a magnitude da

47. Como o fez o Juiz da 2.ª Vara Criminal da Comarca de Nova Iguaçú, nos Autos 6.738-8, ao declarar a inconstitucionalidade da pena prevista no art. 184 do CP por entendê-la incongruente com o princípio de proporcionalidade. Cf. PEIXOTO, Marcos Augusto Ramos. Op. cit.

48. Como apontam SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo español. *RBCCrim*, n. 15, São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 47; ESTELLITA, Heloisa. Direito penal, Constituição e princípio da proporcionalidade. *Boletim IBCCrim*, vol. 11, São Paulo, edição especial, out. 2003, p. 11-13.

lesão é ínfima, apesar do comportamento ser exatamente aquele descrito no tipo penal. A ideia de que pequenas lesões – ou comportamentos insignificantes – não ostentam dignidade penal e não merecem repressão nesta seara deriva diretamente da consagração da proporcionalidade como elemento norteador da política criminal.

A aplicação do princípio da insignificância pela Justiça brasileira é recente – ao menos seu reconhecimento pacífico pelos Tribunais Superiores – e assistemático, e, na ausência de parâmetros dogmáticos e culturais, a regra é a casuística. É bem verdade que os próprios Tribunais já reconhecem a falta de critérios, e tem buscado organizar pautas de determinação da insignificância. Assim, o STF fixou que serão insignificantes os casos em que se constate: (a) a mínima ofensividade da conduta; (b) a ausência de periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.[49]

Ocorre que a concretização dessas diretrizes ainda é pouco precisa, e é aplicada de forma diferente – substancialmente diferente – de acordo com a natureza do delito. Para os crimes fiscais, por exemplo, fixou-se o valor de R$ 10.000,00 como limite da insignificância, ou seja, a sonegação de valores até este montante não será objeto de persecução penal legítima.

Esse valor se justifica, porque pela Lei 10.522/2002 os autos de infração fiscal com valor menor que os R$ 10.000,00 estabelecidos, serão arquivados – neste caso, o custo-benefício da cobrança judicial do débito não vale à pena, pois se considera mais custoso o procedimento de recuperação do que a perda do valor em si. Assim, se a própria vítima – a administração fiscal – entende que tal valor não justifica uma ação de recuperação judicial, não caberá ao direito penal intervir. Mesmo porque, o direito penal é o instrumento último de controle social, e aquele ato considerado irrelevante por qualquer outra esfera o será também pelo direito penal.

Porém, o mesmo raciocínio não é aplicado pela jurisprudência aos crimes mais corriqueiros, como o furto e o estelionato. Nesses casos, o parâmetro para a insignificância é muito menor do que o valor estipulado para os crimes fiscais – há decisões do STJ que afastam a insignificância

49. Ver, por todas, a decisão no HC 90.474, j. 01.12.2009, rel. Min. Joaquim Barbosa.

do furto de R$ 30,00 diante dos maus antecedentes do réu[50] – elemento não levado em consideração para afastar a tipicidade dos crimes fiscais mencionados – ou do STF que seguem a mesma linha no caso de furto de gomas de mascar no valor de R$ 98,00[51] ou de barras de ferro no valor de R$ 100,00,[52] dentre outros. Nessas hipóteses, mesmo que a vítima manifeste seu desejo de desistir da ação penal, haverá a persecução diante da indisponibilidade da ação penal.

Parece patente a desproporcionalidade na construção jurisprudencial mencionada. Nos crimes fiscais a irrelevância administrativa da conduta – em valor de até R$ 10.000,00 – determina a extinção da tipicidade, mas nos demais delitos patrimoniais – mesmo naqueles sem violência ou grave ameaça – a insignificância mostra-se muito menor e as considerações da vítima sobre a relevância da persecução penal não são levadas em consideração.

Pode-se afirmar que no caso dos crimes fiscais a insignificância resta caracterizada em lei – Lei 10.522/2002 – e que nos demais delitos não existe tal patamar fixado em diploma legal algum. Ocorre que a Lei 10.522/2002 não trata de matéria penal, mas apenas aponta quais débitos tributários devem ser objeto de recuperação judicial e quais serão arquivados por razões de economia e racionalidade. A relação desta desistência administrativa de cobrança e a relevância penal da conduta é objeto de interpretação jurídica – a mesma interpretação que afastaria a relevância dos crimes patrimoniais até o mesmo valor nos casos em que a vítima considerasse desnecessária a ação civil de reparação dos danos.

A restrição da interpretação generosa da insignificância a determinados delitos mostra como a própria jurisprudência acaba por repetir algumas das incongruências que pautam a atividade legislativa, em especial o sutil e inconsciente corte social que acaba por gerar decisões desproporcionais e desiguais para autores de delitos de natureza similar.

7. Conclusão

Em síntese, o princípio da proporcionalidade é a diretriz de matriz constitucional – embora não explícita – que exige uma correlação entre o fato criminoso (conduta/resultado) e a pena aplicada, no plano legisla-

50. STJ, HC 137.018, j. 29.09.2009.
51. Liminar indeferida no HC 98.944, j. 08.05.2009.
52. Liminar indeferida no HC 97.012, j. 09.12.2008.

tivo, que pode macular a validade da norma caso se extrapole os parâmetros de forma gritante – passível de reconhecimento pelo Judiciário pelo controle de constitucionalidade, seja concentrado, seja difuso.

Ocorre que a produção legislativa brasileira contemporânea – com algumas exceções – tem se destacado pela inobservância da proporcionalidade. Ora cria tipos penais com sanções visivelmente desajustadas do restante do ordenamento, ora erige delitos com descrição carente de precisão, que comportam inúmeras condutas de gravidades diferentes sob um mesmo espaço de repressão, de forma a afetar a proporcionalidade.

Como observado, o Judiciário tem condições de exercer um controle de vigência de normas com fundamento na proporcionalidade – desde que cuide para não interferir no espaço legítimo de discricionariedade do parlamento – e vem exercendo tal atribuição em diversas oportunidades, o que resulta no destaque do princípio como elemento limitador à produção legislativa e como instituto de ajuste de contrapesos entre os Poderes da República.

No entanto, e esta característica da proporcionalidade merece reflexões mais aprofundadas, há um corte social na produção legislativa penal e no desenvolvimento da jurisprudência que parece fazer coro com o paradoxo do risco apresentado no primeiro apartado deste breve estudo. Como exposto, a sociedade atual depende estruturalmente dos novos riscos – oriundos da dinâmica do desenvolvimento tecnológico – e ao mesmo tempo rechaça a insegurança por eles produzida. Isso resulta em uma legislação penal aparentemente expansiva, de caráter simbólico, que visa exclusivamente eliminar – por um curto período – tal sentimento de insegurança social, sem eliminar o sistema de produção de riscos. Para isso, o legislador – ainda que inconscientemente – amplia o número de condutas criminosas, acirra as penas, mas, ao mesmo tempo, cria sutis mecanismos que afastam a incidência da norma penal sobre as atividades produtivas que criam o risco. É a forma de tentar superar o paradoxo, de fazer confluir discursos contraditórios que não se entendem sobre os limites dos riscos tolerados e não tolerados pela sociedade. Expande-se aparentemente o direito penal, obtém-se uma sensação de segurança transitória, e, ao mesmo tempo, permite-se a continuidade de atividades estruturalmente relevantes para a manutenção do sistema econômico.

Essa mesma lógica está presente nas construções jurisprudenciais, que, embora fulminem a desproporcionalidade abstrata, declarando a inconstitucioonalidade de normas que não respeitem a correlação

razoável entre crime e penal, acabam por estabelecer outros padrões de desproporção quando criam institutos de redução da incidência excessiva do direito penal para alguns crimes – em geral os crimes econômicos e financeiros – e não estendem tais institutos aos demais crimes comuns assemelhados.

Esse contexto de produção legislativa e jurisprudencial com cortes sociais acaba por mitigar constantemente o princípio da proporcionalidade, e, com isso, contribui para dificultar com que o direito penal exerça sua real função: a de assegurar expectativas normativas que garantam a confiança necessária para o funcionamento da sociedade. A inversão e a distorção de valores produzidas pela lógica apontada solapam as expectativas sociais no comportamento do outro, pois, na medida que a ação mais desvalorada socialmente tem a consequência jurídica mais branda – e vice versa – não há mais confiança no sistema jurídico. E a falta de confiança no sistema jurídico, bem como a falta de expectativas sociais, gera mais insegurança ou a busca por outros meios de solução de conflitos, em geral violentos, de forma que a preservação da proporcionalidade cumpre mais do que um papel de mera organização dogmática, sendo imprescindível para a preservação do modelo de Estado constitucional em vigor.

II PROCESSO PENAL

1
El principio de congruencia entre acusación y fallo en la legislación y jurisprudencia penales chilenas

VALERIA ELENA ECHEVERRÍA VEGA

Magistrada del Tribunal de Garantía en lo Penal de Viña del Mar.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: En relación con el principio de congruencia entre acusación y fallo, la autora ofrece una breve reseña en relación con el antiguo Código de Procedimiento Penal chileno y luego se hace cargo de la situación jurídica vigente, después de la dictación del nuevo Código Procesal Penal. Luego de constatarse la existencia de algunos vacíos en el análisis doctrinario, se ofrecen algunas soluciones jurisprudenciales, para terminar concluyendo que es posible dar contenido y aplicación práctica al principio en el medida en que las exigencias de congruencia se relacionen con los elementos del delito y con determinados derechos del acusado.

PALABRAS CLAVES: Congruencia entre acusación y fallo – Derecho a la defensa – Vicios formales de la acusación – Corrección de vicios formales en la audiencia intermedia.

ABSTRACT: In relation to the principle of congruence between the prosecution and adjudication, the author provides a brief overview in relation to the former Chilean Criminal Procedure Code and then takes care of the legal situation after the enactment of the new Code of Criminal Procedure. After verifying the existence of some gaps in the analysis of doctrine, case law offers some solutions to end concluding that it is possible to give content and practical application early in the extent to which the matching requirements relate to the elements of the theory of offense that is typical of continental origin Criminal Derec and certain rights of the accused.

KEYWORDS: Congruence between the prosecution and adjudication – The right to defense – Vices formal charge-correction of formal defects in the interim hearings.

SUMARIO: 1. Introducción – 2 Su reforma en los últimos años. Exposición, factores determinantes y enjuiciamiento crítico – 3. Descripción general del tema en el Derecho nacional: 3.1 Legislación; 3.2 Doctrina; 3.3 Jurisprudencia – 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es exponer cuál ha sido el tratamiento que recibido el principio de congruencia entre acusación y fallo en Chile, así como poner de relieve algunos aspectos problemáticos del mismo que no han sido suficientemente abordados por parte de la doctrina nacional. Asimismo, se evidencia la necesidad de ordenar algunos de los criterios que la jurisprudencia nacional ha elaborado y que son el principal lineamiento práctico para su interpretación y aplicación, ya que permiten apreciar cuáles son los principales tipos de afectación de los vicios de congruencia que se observan en la praxis judicial, así como los principios con los que, según la jurisprudencia, se relaciona esta exigencia y que debieran servir como un certero criterio interpretativo al momento de determinar si la exigencia de congruencia ha sido vulnerada o no en un caso particular.

Algunos de los problemas poco tratados por la doctrina y la jurisprudencia a propósito de este principio son la descripción de los elementos subjetivos del tipo, para lo cual se recurre indiscriminadamente a la utilización de fórmulas legales genéricas, tales como "no pudiendo menos que conocer su origen", "con evidente ánimo de lucro", "con ánimo de señor y dueño", que no describen hecho alguno; y los elementos normativos, que se caracterizan con las expresiones contenidas en el propio tipo penal, tales como "sin derecho", o "desempeñándose como funcionario público", las que se suelen incorporarse a la descripción de los hechos, muchas veces en reemplazo de la descripción de la o las facultades otorgadas al imputado, incluso si éste es funcionario público, etc.

Esto plantea la cuestión de si, en general, en los delitos dolosos se hace necesario describir tanto el tipo objetivo como el subjetivo. Y si es así, ¿cómo se describe el dolo y los elementos subjetivos del tipo? La pregunta es válida, al menos en Chile, puesto que hay un fallo de una Corte de Apelaciones que señala que, siendo el dolo un hecho, debe estar descrito entre los hechos materia de la acusación.

Asimismo, se acostumbra a afirmar que la recalificación no afecta a la congruencia; sin embargo, son múltiples los casos en que la recali-

ficación se asocia a un cambio en el papel ejecutivo o en la modalidad de comisión, etc., casos en los cuales sí se puede apreciar graves infracciones a este principio.

Más relevante resulta plantearse esta última duda, si se tiene en consideración que el mismo fallo antes aludido, que exige la descripción del tipo subjetivo en el hecho materia de la acusación, lo hace al objetar la recalificación realizada por el tribunal de la instancia desde un delito culposo a un delito doloso, precisamente porque no se habría descrito el dolo en el hecho materia de la acusación.

De otro lado, se sostiene uniformemente que la congruencia es un vicio formal de la acusación y, por ende, procede preguntarse si los errores en esta materia pueden ser tratados del mismo modo que otros vicios de esta naturaleza.

Sabemos que se admite generalmente la modificación de los hechos materia de la acusación en aspectos no esenciales, pero la determinación de su relevancia parece no poder definirse *a priori*. Por lo mismo, es necesario determinar cuáles son los principios de los cuales es tributaria la exigencia de congruencia, pues son ellos los que nos indicarán en cada caso, cuándo la modificación de los hechos es sustancial e infringe dicha exigencia y cuándo no; y siendo éste un problema de hecho, resulta de gran utilidad el análisis de la jurisprudencia, en cuanto ella se refiere a casos prácticos a partir de los cuales es posible elaborar determinados criterios generales para discriminar entre las diferencias relevantes y las inocuas. Para dicho fin, se revisó 60 fallos de los tribunales superiores de la República. Lamentablemente, no hemos podido estudiar las resoluciones dictadas por los Juzgados de Garantía, al resolver incidencias sobre corrección de vicios formales, puesto que el actual sistema registral de las actuaciones procesales (únicamente existe registro de audio) hace virtualmente imposible tener acceso a ellas.

Por último, otro punto que también parece interesante es el de la excesiva generalidad de la descripción de los hechos, que se observa con mayor frecuencia en el procedimiento simplificado, en el cual la mayoría de las acusaciones, llamadas requerimientos, se resuelven mediante un mecanismo de tramitación acelerada que consiste en que, a cambio de una disminución en la pena solicitada por la Fiscalía, el imputado admite su responsabilidad en los hechos. Lo cierto es que, como se trata de delitos menores, el Ministerio Público utiliza una fórmula general para describir los hechos, como sucede, por ejemplo, en la causa RIT 10783-2009 del

Juzgado de Garantía de Viña del Mar, donde el hecho es descrito así: "El día 9 de Octubre de 2009, alrededor de las 19.45 horas, la requerida ingresó a la Tienda Ripley, ubicada en Avenida Libertad 1348, local 2, Viña del Mar, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, sustrajo diversas especies, avaluadas en la suma de $ 107.960, las que ocultó al interior de una bolsa plástica, siendo sorprendida por los guardias de seguridad cuando salía de la tienda sin haber pagado su valor comercial." En la causa RIT 7328-2009, se describe el hecho así: "El día 15 de Julio del 2009, siendo aproximadamente las 14:34 horas, el requerido ingresó a la Tienda Comercial La Polar, ubicada en Avenida 15 Norte 961, Viña del Mar y con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, sustrajo dos prendas de vestir avaluadas en un total de $45.980, las que ocultó en un bolso que portaba, siendo sorprendido cuando salía de Tienda sin haber cancelado su valor comercial." O en la causa RIT 2226-2009, en que el hecho se describe así: "El día 13 de Febrero del 2009, siendo aproximadamente las 21: 55 horas, el requerido ingresó al Supermercado Líder, ubicado en esta ciudad en Avenida 15 Norte 961 y con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, sustrajo especies avaluadas en un total de $20.984, las que oculto en el interior de sus vestimentas y en una bolsa del propio supermercado siendo sorprendido cuando había traspasado la línea de cajas registradoras sin haber cancelado su valor comercial"; o en la causa RIT 314-2010, donde el hecho punible se describe como sigue: "El día 23 de Diciembre de 2009, aproximadamente a las 18:45 horas, el requerido ingresó al Supermercado Santa Isabel, ubicado en esta ciudad, en calle Quillota n. 441 y con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, sustrajo especies avaluadas en un total de $6.995, las que ocultó entre sus vestimentas, siendo sorprendido por los guardias de seguridad, cuando había traspasado la línea de cajas registradoras, sin haber cancelado su valor comercial."

Como se puede apreciar, en ninguno de estos casos es posible saber qué cosa sustrajo el imputado o quién es ese imputado, cuántas cosas sustrajo, de modo que no es posible, en consecuencia, determinar si todas las cosas eran muebles, o si eran ajenas, de qué forma las habría ocultado, etc.; y la consecuencia en un juicio oral debería ser la absolución, porque jamás la prueba podrá coincidir con el hecho materia de la acusación, desde que éste no se encuentra realmente descrito en ella.

Sólo en los casos en que se puede observar alguna particularidad en el hecho, se realiza una descripción completa del mismo, como sucede en la causa RIT 4572-2009 del mismo tribunal: "El día 18 de Abril del

2009, alrededor de las 22:20 horas, el requerido XXX, concurrió al Supermercado Santa Isabel, ubicado en Avenida Valparaíso N° 740, Viña del Mar y previo concierto con los requeridos XXX, se encontró con ellos en la sala de ventas, específicamente en la sección de licores, ya que ellos mientras se desempeñaban como reponedores, sustrajeron con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño 5 botellas de Whisky, avaluadas en un total de $ 99.950, las que entregaron al requerido XXX para que las ocultara en su mochila y se las llevara, siendo sorprendido cuando salía del Supermercado sin haber cancelado su valor comercial."

No obstante, dado que los delitos menores se tramitan generalmente en un procedimiento que ofrece la alternativa al imputado de admitir su responsabilidad penal en los hechos a cambio de una rebaja en la pena, sólo ocasionalmente se lleva a cabo un verdadero juicio y una discusión acerca de los hechos. En ninguno de los casos es frecuente que la defensa argumente incongruencia ante descripciones como estas.

2. Su reforma en los últimos años. Exposición, factores determinantes y enjuiciamiento crítico

El estado actual del principio de congruencia en el nuevo proceso penal chileno muestra cambios cualitativos con la reforma total de 2000. No era un principio desconocido en nuestro país con anterioridad a la reforma procesal penal, aunque no se lo designaba con esta denominación; pero su importancia en el nuevo sistema de enjuiciamiento ha ido *in crescendo*.

En el antiguo Código de procedimiento penal, el principio de congruencia estaba consagrado por el art. 541, en los siguientes términos: "*El recurso de casación en la forma sólo podrá fundarse en alguna de las causales siguientes: 10.ª Haber sido dada* ultra petita, *esto es, extendiéndola a puntos inconexos con los que hubieren sido materia de la acusación y de la defensa*". Su infracción, pues, acarreaba un vicio de casación en el fondo.

Se entendía que debía existir congruencia entre el auto de procesamiento y la acusación, y entre ésta y la sentencia, aunque también se entendía que podían existir divergencias entre el hecho descrito en el auto de procesamiento y el contenido en la acusación, incluso de alguna mayor relevancia que en la actualidad, puesto que el primero, por su carácter esencialmente provisional, sólo se veía como inamovible al dictarse la acusación, que constituía un cargo definitivo, y sobre la base de esta última se debía estructurar la defensa del acusado con miras a

la sentencia definitiva. De este modo, si se había sometido a proceso al imputado por el cargo de ser autor de un delito de lesiones graves, y luego la víctima fallecía, no se veía inconveniente en que fuera acusado como autor de un delito de homicidio, aún si no se modificaba el auto de procesamiento, puesto que en la estructura de ese procedimiento, la defensa se ejercía solamente durante la etapa de plenario, donde se otorgaba al acusado un plazo más o menos amplio para rendir prueba.

Quizás pueda entenderse esta anomalía si se considera lo que el art. 274 del Código de procedimiento penal disponía que "después que el juez haya interrogado al inculpado, lo someterá a proceso, si de los antecedentes resultare:

1. Que está justificada la existencia del delito que se investiga; y

2. Que aparecen presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

El juez procesará al inculpado por cada uno de los hechos punibles que se le imputen, cuando concurran las circunstancias señaladas". A continuación, el art. 275 prescribía que "la resolución (...) que lo somete a proceso enunciará, además, los antecedentes tenidos en consideración y describirá sucintamente los hechos que constituyan las infracciones penales imputadas." De modo que se partía del supuesto de que no se necesitaba tanta precisión en la imputación preliminar de los cargos.

Paralelamente, el art. 278 bis decía que "el auto de procesamiento puede ser dejado sin efecto o modificado durante todo el sumario, de oficio o a petición de parte; pero el juez no podrá hacerlo desde que se ha concedido apelación en contra de él, ni sin nuevos antecedentes probatorios cuando haya sido revisado por la vía de ese recurso." De esta manera, si el avance de la investigación hacía variar los hechos, se hacía necesaria la modificación del auto de procesamiento. Sin embargo, si la resolución había sido revisada por al vía del recurso de apelación y no se allegaban nuevos antecedentes, pero el juez advertía que se había cometido algún error en la descripción del hecho, estaba impedido de modificarlo, resultando obligatorio esperar hasta la oportunidad procesal para dictar la acusación y poder corregirlo.

De otro lado, la realidad del antiguo procedimiento mostraba diariamente que la única prueba que tenía algún valor era la que se había recabado durante el sumario (etapa investigativa), el que se tramitaba, por lo general, en secreto, de modo que si alguna información lograba obtener el

procesado respecto de los cargos que se le formulaban, ella fluía únicamente del auto de procesamiento; y aún ésta era deficiente, puesto que, a través de él, sólo podía conocer los hechos y la calificación jurídica que el tribunal les atribuía, pero en cuanto a la prueba de cargo, únicamente llegaba saber que existían algunas declaraciones de testigos, un cierto informe pericial o documentos, diligencias de investigación que se agregaban al expediente escrito, pero no tenía acceso al contenido de los mismos durante toda la investigación, no obstante que esas eran, en realizad, las pruebas que se valorarían en el plenario, que era considerado un juicio. De este modo, además de que durante toda la investigación el imputado era tratado como culpable (el estado normal de cosas en el procedimiento inquisitivo chileno era de sometimiento a la medida cautelar de prisión preventiva), su prueba descargo, si la tenía, debía rendirla por mera intuición durante el sumario. No debe olvidarse, además, que ese sumario era instruido por el mismo juez que luego dictaría sentencia. Pero eso no era todo; si sucedía que el acusado pretendía rendir prueba durante el plenario, que, como ya se dijo, se consideraba como el verdadero juicio, se exponía a que ella resultara ya inoportuna para una adecuada defensa y, sobre todo, a que no se le otorgara credibilidad alguna, puesto que la praxis judicial mostraba una fuerte preferencia por los antecedentes sumariales y, al mismo tiempo, una marcada desconfianza hacia la actividad probatoria de la defensa, de modo que todo indicaba que la única prueba fiable era la producida durante el sumario, por el propio juez inquisidor. Esa desconfianza, en cualquier caso, se fundaba en otra realidad perniciosa, cual era la habitual falsedad de la prueba presentada en esa etapa, la que no siempre quedaba de manifiesto, puesto que lo normal era que los testigos, que no sólo no habían presenciado los hechos, sino tampoco tenían conocimiento alguno de ellos (como no fuera lo que el acusado o su abogado les hubiera informado), ni siquiera declaraban ante el juez, sino ante un funcionario administrativo y sin ningún contra examen. Esto hacía que fuera realmente excepcional que se persiguiera la responsabilidad penal por el delito de falso testimonio de quienes prestaban declaración en esa forma.

No obstante el panorama bastante sombrío que se ha esbozado, no parece que ello pueda atribuirse sólo a la estructura del procedimiento; tampoco parece que esta haya sido la intención del legislador al regular la declaración del imputado,[1] conocida como declaración indagatoria.

1. Código de Procedimiento Penal: Art. 320. "La declaración del inculpado no podrá recibirse bajo juramento. El juez se limitará a exhortarlo a que

Era, fundamentalmente, una manera de interpretar la ley y de entender la persecución penal que se había instalado en la judicatura, y que tenía pocos detractores.

En cuanto a la historia fidedigna del establecimiento de la antigua ley procesal penal, destaca Raúl Tavolari[2] que en el Proyecto de Código de procedimiento penal de Manuel Egidio Ballesteros esa declaración era entendida como un medio de defensa, distinguiéndola claramente de la confesión como medio de prueba. Pensaba Ballesteros que si bien la declaración podía generar prueba que no era de despreciar, su objetivo fundamental era proporcionar al imputado antecedentes para preparar su defensa e informarle el motivo de su detención. Es decir, entendía que, desde el inicio del proceso, la defensa del imputado se basaba en el conocimiento de los cargos que se le formulaban, conocimiento que determina el objeto del proceso seguido en su contra. Lamentablemente, señala Tavolari, no quedó de ello indicación expresa en el Código y el resultado fue que en la praxis judicial la declaración indagatoria no se entendió como medio de defensa, sino únicamente como generación del medio de prueba confesión, hasta el punto de haberse convertido en una práctica más o menos generalizada la de incomunicar a los detenidos que no confesaban espontáneamente al ser "sometidos a indagatoria", como se acostumbraba a denominar a dicha diligencia, que era obligatoria, no obstante que su obligatoriedad servía, según se ha visto, para informarle de los cargos que existían en su contra y permitirle defenderse, pero no para que se viera forzado a confesar. Tristemente, luego de diez días de incomunicación en celda solitaria, sometido el imputado a régimen

diga la verdad, advirtiéndole que debe responder de una manera clara y precisa a las preguntas que le dirigiere".

Art. 321. *"La primera declaración del inculpado o procesado comenzará con un interrogatorio de identificación, al cual deberá siempre responder. Se le preguntará su nombre, apellido paterno y materno, su apodo si lo tuviere, su edad, lugar de nacimiento y de su residencia actual, estado, profesión, oficio o modo de vivir, si ha sido procesado anteriormente, por qué delito, en qué juzgado, qué pena se le impuso, si la cumplió, si sabe leer y escribir y si conoce el motivo de su detención. Se le interrogará también sobre los lugares donde trabaja y se dejará constancia de los números de teléfonos por medio de los cuales sea posible comunicarse con él y de los datos que arroje su cédula de identidad, la que deberá exhibir".*

2. *Tribunales, jurisdicción y proceso.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile,1994, cfr, p. 112.

de castigo en las cárceles de nuestro país, cuyas condiciones dejaban y aún dejan mucho que desear, frecuentemente terminaba confesando, compelido por el interrogatorio del actuario, sin ser asistido por un abogado y, generalmente, sin conocer siquiera con claridad los hechos que se le estaban imputando y, mucho menos, los elementos de cargo que pudieren existir en su contra.

Pero, aun así, la congruencia era ya entonces un factor determinante para la validez de la sentencia, como se lee en el fallo dictado en la causa Rol 2325-2004 de la Corte de Apelaciones de Concepción, donde se declara que los artículos 274 y 403 del Código de Procedimiento Penal establecen el principio de congruencia entre el procesamiento y la acusación, y además, por supuesto, con la sentencia definitiva que debe pronunciarse sobre los mismos hechos que fueron materia de la acusación. La falta de congruencia configura un vicio de casación formal que hace procedente la invalidación de oficio del fallo dictado en las condiciones anotadas, ya que se omitieron trámites o diligencias declaradas expresamente esenciales por la ley "(...). De lo dicho resulta evidente que los hechos constitutivos del auto de procesamiento y de la acusación no son los mismos de la sentencia, toda vez que esta última le atribuye al encausado una infracción a la Ley de Tránsito que no estaba descrita en las primeras, y por ello se ha infringido el principio de congruencia que establecen las normas legales en referencia".[3]

3. Descripción general del tema en el Derecho nacional

3.1 Legislación

Como hemos dicho, el Código procesal penal chileno no ha innovado en lo sustantivo en torno a la congruencia que es exigible desde el

3. De acuerdo con la sentencia, el hecho materia de la imputación preliminar, se describe del siguiente modo: "En el auto de procesamiento y en la acusación de oficio se establece, en lo que interesa, que un tercero conducía una camioneta patente RH-2165 de oriente a poniente por la Ruta n. 97-0 Yungay Cabrero, y al llegar al cruce con la Ruta 5 Sur impactó con el *station wagon* patente BU-1482 que transitaba de Norte a Sur por dicha ruta y a raíz de la colisión resultaron lesionados los pasajeros". El hecho materia de la acusación es el siguiente, según la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción: "En la sentencia en revisión se da por acreditado que la camioneta antes señalada no respetó el disco Pare a que estaba obligado e impactó al *station wagon*".

comienzo del procesamiento, esto es, desde la imputación preliminar (realizada al momento de vincular al imputado al proceso, en una actuación denominada "formalización de la investigación") en relación con la acusación; y luego, entre ésta y la sentencia. Así, pueden entenderse como infracciones al principio de congruencia, no solamente las que implican una discrepancia entre el hecho materia de la acusación y el que se tiene por acreditado en la sentencia, sino también entre ésta y el hecho materia de la formalización de la investigación, tal como lo destaca Jorge Bofia, para quien "el Código procesal penal exige (...) congruencia entre estos tres momentos –la formalización de la investigación, la acusación y la sentencia–, con respecto a los hechos materia del proceso",[4] vinculándolo al derecho a la defensa. Ello sucederá cuando en la audiencia intermedia no se subsane el vicio de congruencia.

La formalización de la investigación, está definida en el artículo 229 CPP, en los siguientes términos: "La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados".

El art. 259 CPP, por su parte, al regular el contenido de la acusación, señala expresamente, en su inciso III, que "la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica".[5] Como se

4. *Preparación del juicio oral y juicio oral*, conferencia dictada ante el Colegio de Abogados de Chile.

5. Art. 259.- "Contenido de la acusación. La acusación deberá contener en forma clara y precisa:
a) La individualización de el o los acusados y de su defensor;
b) La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;
c) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal;
d) La participación que se atribuyere al acusado;
e) La expresión de los preceptos legales aplicables;
f) El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio;
g) La pena cuya aplicación se solicitare, y h) En su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado.
Si, de conformidad a lo establecido en la letra f) de este artículo, el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista, individuali-

puede apreciar, el texto de la ley es claro en orden a exigir que los hechos materia de la acusación sean los mismos que los de la formalización de la investigación. Esto no quiere decir, según lo entiende uniformemente la doctrina, que deban repetirse de modo idéntico, sino que sólo se puede deducir acusación por hechos que ya hayan sido materia de la formalización; pueden ser menos hechos, pero no más.

Por último, el art. 340 CPP consagra también esta exigencia, esta vez entre la acusación y la sentencia, en los siguientes términos: "La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrirla, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella".

3.2 *Doctrina*

Si bien en la actualidad el principio recibe un tratamiento bastante más acabado, existiendo absoluto consenso en que debe respetarse desde el inicio del procesamiento y hasta la sentencia de término, no ha merecido un tratamiento más amplio o detallado por parte de la doctrina, ni se ha sistematizado la jurisprudencia que, por la vía de los recursos, se ha generado acerca de casos prácticos en que discute sobre este tema. La mayor parte de los autores se refiere al principio de congruencia en términos muy generales, y entienden que comprende tanto a la imputa-

zándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 307, y señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones. En el mismo escrito deberá individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos o calidades.

La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica".

ción objetiva como subjetiva, entendida no en sentido penal sino como hecho punible y como autoría y participación. Así, Mª Inés Horvitz y Julián López señalan que "sólo pueden ser objeto del juicio y la sentencia los hechos y circunstancias contenidos en la acusación,"[6] vinculándolo con el derecho a la defensa.

En el mismo sentido, Rodrigo Cerda y Francisco Hermosilla comentan que el principio de congruencia es "un reflejo del derecho de defensa", y que "el tribunal debe cautelar la identidad del objeto del proceso, tanto material (mismos hechos y circunstancias) como personal (mismos acusados)". A lo que añaden que "para que el acusado pueda defenderse y ser defendido adecuadamente resulta indispensable saber exactamente cuáles son los hechos que se le atribuyen, sus circunstancias y la calificación de los mismos".[7]

Lo autores también entienden que el principio al cual reporta la exigencia de congruencia es el de derecho a la defensa, desde que durante todo el procedimiento, el imputado tiene derecho a conocer los hechos que se le atribuyen, el motivo de su detención o de su privación de libertad; existe obligación de comunicarle los cargos que se le formulan a través de la formalización de la investigación como cuestión previa a la solicitud de medidas cautelares, etc.

Por su parte, Melquisedec Agüero, en relación con el antiguo Código de procedimiento penal, señala que "en un caso de incongruencia entre la acusación, la defensa y la sentencia, esto es, cuando la sentencia (...) se extienda a puntos que no hayan sido materia de acusación y defensa, se estará pronunciando sobre materias (...) que no han sido objeto del proceso. Argumentando en otro sentido, el imputado no ha gozado de la garantía del proceso.[8] Es interesante que este autor haga hincapié en la necesaria correlación de la sentencia con la defensa, que es un punto que no ha sido relevado suficientemente por la doctrina contemporánea.

El autor relaciona el principio de congruencia, como se ve, con el derecho al debido proceso, pero también al derecho a la defensa de

6. *Derecho procesal penal chileno.*,Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, vol. 2, t II, p. 341.
7. *El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia.* Santiago de chile: Librotecnia, 2008, p. 444.
8. *Congruencia entre la acusación, la defensa y la sentencia.* Santiago de Chile: Editorial Universitaria S.A., ,1965, p. 10.

manera más específica, cuando expresa que "la finalidad del proceso no es condenar o absolver al imputado, sino verificar si concurren las condiciones de ley para condenarlo o absolverlo. Verificación que deberá hacerse, permitiendo al reo el ejercicio de sus derechos, especialmente la defensa, lo que sólo podrá llevar a cabo adecuadamente, mediante un cabal conocimiento de los términos de la imputación y, contando con la seguridad que dichos puntos o hechos imputados, por los cuales se ha defendido, serán los que el juez tenga en cuenta al condenar, ya que en caso de absolución por puntos incongruentes (...) no habría una lesión de los intereses tutelados por el proceso en cuanto dicen relación con la persona del imputado".[9]

Como se ve, para este autor la congruencia se relaciona directamente con el objeto del proceso penal, que define como "un hecho con apariencias delictivas, ya que la calificación definitiva (...) se hará en la sentencia".[10] A partir de allí, se explica claramente que el respeto al principio de congruencia sólo exija al tribunal respetar los hechos materia de la formulación de cargos, sin limitación en cuanto a la calificación jurídica.

Cierra el círculo de la regulación legal del principio de congruencia el recurso de nulidad, que contempla entre sus causales la infracción al principio de congruencia, como se previene en el art. 374: "Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados: f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341".

En cuanto a la oportunidad para reclamar la correlación entre la formalización de la investigación y la acusación, ésta se produce en la audiencia intermedia o de preparación de juicio oral, según se señala expresamente en el art. 259 letras b), c) y d) e inciso final CPP.[11] Durante

9. Ídem, p. 10-11.
10. Ídem, p. 12.
11. Art. 259.–"Contenido de la acusación. La acusación deberá contener en forma clara y precisa:
a) La individualización de el o los acusados y de su defensor;
b) La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;
c) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal;
d) La participación que se atribuyere al acusado;

la conferencia, ya citada, Bofill Genzsch sostiene, en cuanto al contenido del principio de congruencia, que el acusado puede reclamar de la omisión de estos requisitos o de la inexactitud o imprecisión en la descripción del hecho, las circunstancias modificatorias o la participación que se le atribuye en la audiencia de preparación de juicio oral, en el entendido de que se trata de vicios formales, señalando que "una hipótesis posible (...) es (...) que la acusación del fiscal infrinja la exigencia de congruencia entre la formalización de la investigación y la acusación e incluya hechos que no hayan sido previamente objeto de la formalización, caso en el cual el juez puede excluir aquellos hechos."

Por su parte, Horvitz y López, al tratar sobre la corrección de vicios formales, expresan que los que se aleguen, "no sólo podrán versar sobre el contenido de las menciones que debe incluir la acusación, sino que también sobre la congruencia objetiva y subjetiva entre la formalización de la investigación y la acusación (...) y dados los términos perentorios que utiliza el inciso final del artículo 259 CPP, el tribunal podrá también actuar de oficio para corregir este posible vicio de la acusación".[12]

Dicho esto, parece relevante preguntarse si realmente el vicio de congruencia es un vicio formal de aquellos que se pueden corregir de oficio por el juez de garantía. O, yendo más allá, podemos preguntarnos si todos los vicios de congruencia, en tanto que vicios formales, pueden o deben corregirse de oficio por ese magistrado.

e) La expresión de los preceptos legales aplicables;
f) El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio;
g) La pena cuya aplicación se solicitare, y h) En su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado.
Si, de conformidad a lo establecido en la letra f) de este artículo, el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo en el caso previsto en el inciso segundo del art.307, y señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones. En el mismo escrito deberá individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos o calidades.
La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica".

12. Op.cit., t. II, p. 36.

Sobre el particular, el art. 270 CPP expresa lo que sigue: "Corrección de vicios formales en la audiencia de preparación del juicio oral. Cuando el juez considerare que la acusación del fiscal, la del querellante o la demanda civil adolecen de vicios formales, ordenará que los mismos sean subsanados, sin suspender la audiencia, si ello fuere posible.

En caso contrario, ordenará la suspensión de la misma por el período necesario para la corrección del procedimiento, el que en ningún caso podrá exceder de cinco días. Transcurrido este plazo, si la acusación del querellante o la demanda civil no hubieren sido rectificadas, se tendrán por no presentadas. Si no lo hubiere sido la acusación del fiscal, a petición de éste, el juez podrá conceder una prórroga hasta por otros cinco días, sin perjuicio de lo cual informará al fiscal regional. Si el Ministerio Público no subsanare oportunamente los vicios, el juez procederá a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, a menos que existiere querellante particular, que hubiere deducido acusación o se hubiere adherido a la del fiscal. En este caso, el procedimiento continuará sólo con el querellante y el ministerio público no podrá volver a intervenir en el mismo. La falta de oportuna corrección de los vicios de su acusación importará, para todos los efectos, una grave infracción a los deberes del fiscal."

Como se ve, dicho artículo no se refiere en forma alguna a la corrección de oficio de los vicios. Sin embargo, la doctrina considera que es posible que el juez los corrija derechamente, pero ello pareciera que es posible sólo cuando se trata de algún defecto menor, como puede ser el caso de un nombre o número mal escrito, o que sea consecuencia del uso de correctores automáticos del procesador de texto, o de las herramientas de edición. No obstante, estimamos que existiendo un procedimiento regulado por la ley para corregir los vicios formales, uno de tal magnitud como el que pudiera incidir en la congruencia, como la inclusión de hechos nuevos, debiera ceñirse a él. De lo contrario, el juez de la etapa intermedia terminaría sustituyendo al Ministerio Público en sus facultades privativas y, además, corrigiendo de oficio una acusación viciada, cuyo destino sólo podría ser la nulidad, podría terminar incluso perjudicando a la defensa, si su estrategia se hubiera orientado, precisamente, hacia el sobreseimiento definitivo contemplado en la ley y, en caso de no obtenerlo, hacia la nulidad del juicio y la sentencia. Otra cosa es sostener que el juez de garantía pueda observar directamente la existencia de un vicio de congruencia y advertir a las partes sobre su existencia, para que éstas hagan las alegaciones que estimen del caso, o

para forzar la corrección por parte del Ministerio Público. Nótese que la ley ha previsto que, para el caso de que el fiscal no subsane el vicio dentro del plazo legal, se deberá dictar sobreseimiento definitivo, resolución apelable tanto por el Ministerio Público como por la víctima. Si el juez de garantía procede de oficio y se equivoca, no existe mecanismo que permita corregir ese error judicial, en tanto que el procedimiento establecido en la ley sí que posibilita dicha corrección, en caso de ser necesaria, cautelando debidamente los derechos procesales de los intervinientes que pueden ser perjudicados por la resolución.

En este orden de ideas, parece indispensable detenerse un momento en el concepto de vicio formal, pues tiene real incidencia en las facultades correctivas del juez de garantía. Sobre este concepto, es pertinente señalar lo que Tavolari Oliveros entiende por vicio formal, a partir del art. 303 del Código de procedimiento civil chileno,[13] a saber, que "son aquellos que afectan la validez del procedimiento y, por tanto, impiden la generación de una relación procesal válida o, en general, impiden el ejercicio del derecho de defensa (...) es el que autoriza que prospere una excepción de aquellas que nosotros denominamos 'dilatoria' y por las que, precisamente, perseguimos que se corrija el procedimiento con una clara y aceptada limitación: *sin afectar el fondo de la acción deducida*".[14]

En razón de ello es que el autor considera erróneo el fallo que analiza, dictado por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en causa Rol 105-2004, que confirmó la resolución del juez de garantía que sobreseyó definitivamente la causa por haberse negado el fiscal a modificar la pena consignada en la acusación, por estimar que dicha mención, que se consideraba equivocada, puesto que el Ministerio Público había solici-

13. Art. 303 CPC. "Sólo son admisibles como excepciones dilatorias:
1 La incompetencia del tribunal ante quien se haya presentado la demanda;
2 La falta de capacidad del demandante, o de personería o representación legal del que comparece en su nombre;
3 La litis-pendencia;
4 La ineptitud del libelo por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda;
5 El beneficio de excusión; y
6 En general las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida".

14. *Instituciones del nuevo proceso penal.* Cuestiones y casos. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la primera edición, 2007, p. 231.

tado una pena muy superior a la que en Derecho procedía, corresponde a un vicio formal. Para sostenerlo expuesto, la Corte se funda en que "el error de litigante en la fundamentación de sus pretensiones o en las peticiones concretas elevadas a la consideración jurisdiccional, conduce a que las mismas sean denegadas; así, al que pide aquello que el derecho sustancial no le reconoce u otorga, se le pone en evidencia su equívoco, en la sentencia definitiva, mediante el pronunciamiento de un fallo desestimatorio".[15] Agrega que los vicios formales, entonces, apuntan a cuestiones que se relacionan "con aspectos de afuera y no de adentro de la controversia penal: ninguna vinculación existiría entre el debate de la forma y el que persigue establecer si el acusado es o no culpable; o si concurre o no la circunstancia que modifica su responsabilidad; o si la pena se le aplica en su extremo superior o inferior, (...) la discusión sobre los elementos del delito y los referidos a la participación y punición quedan marginados de la posibilidad de ser objeto de vicios formales, porque si a su respecto hay error, la cuestión será sustantiva o de fondo". Continúa señalando que "el vicio formal, entonces, integra la condición de errores u obstáculos al desarrollo de un proceso válido, sea porque se infringen específicas normas procedimentales; sea porque el error afecta el derecho a la defensa de la parte contraria, etc. La consecuencia última de tal error vulnera el derecho a un juicio justo para el contradictor y, de allí, la militancia de vicio entre los motivos de ineficacia del acto procesal.[16] Precisa que son vicios formales errores tales como los que recaen en "la indicación de de uno de los apellidos o nombres de algún interviniente, como la víctima; la equivocación en la fecha de los hechos o el nombre de la calle o lugar en que ellos ocurrieron".

El concepto que presenta Tavolari para los vicios formales, se asienta sólidamente en el texto legal, interpretado teleológica y sistemáticamente. Asimismo, deja en claro cuál es su criterio acerca de los errores que constituyen un vicio formal. Parece claro, entonces, que entender que los planteamientos de fondo de las partes, como la petición de pena del Ministerio Público, o la relativa a la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, o de una calificación jurídica distinta plateada por el querellante o la defensa, etc., no pueden ser entendidos en ningún caso, como vicios formales; si existe error, éste debe ser corregido en la sentencia.

15. Ídem, p. 232.
16. Ídem, p. 233.

En otras palabras, si se acepta ese concepto de vicio formal, y de vicio de congruencia, se hace necesario concluir que no cualquier mención errónea de la acusación lo constituye, ya no solamente la calificación jurídica del hecho, como se señala de manera expresa en el art. 340 CPP., sino tampoco otros que afecten o se refieran al fondo de la cuestión debatida.

Si no se acepta esta interpretación, y se considera que todos los defectos de la acusación son un vicio formal, y que cualquiera de ellos puede constituir una infracción al principio de congruencia, incluyendo los que dicen relación con las cuestiones de fondo, como la pena o el tipo subjetivo, como lo sostiene el fallo comentado por Tavolari; y si el juez de garantía puede ordenar corregirlos o, siguiendo lo que sostienen Horvitz y López, si el tribunal los corrige de oficio, pareciera que esta actividad iría en beneficio del Ministerio Público y, consiguientemente, en perjuicio de la defensa, puesto que la discusión que debería llevarse adelante en el juicio oral respecto de los eventuales errores de derecho, sobre el rol ejecutivo, sobre el tipo subjetivo, etc., estarían resueltos de antemano por el juez de garantía, incluso de oficio, de un modo tal que la defensa no tendría forma de enfrentar esas correcciones, si le causaran perjuicio, ya que habrían sido introducidas luego del cierre de la investigación, cuando ya nada puede hacer en orden a procurar prueba propia, por ejemplo.

La sentencia que se critica sostiene, en concreto, que cuando el juez de garantía obliga al Ministerio Público a corregir el vicio, normalmente a petición de la defensa, se asegura que el persecutor penal disponga en el juicio de una "buena acusación" con la que enfrentar el juicio oral, más allá de los hechos, abarcando incluso las peticiones de las partes, lo que parece incompatible con la existencia de una causal de nulidad consistente, precisamente, en la infracción al principio de congruencia, que dejaría de tener sentido, y efecto práctico, en el caso de procederse del modo que en el aludido fallo se consigna; y en el caso de que sea la propia corrección del vicio la que cause perjuicio a la defensa, resultaría ser que la causal de nulidad del fallo que se podría configurar, se originaría, precisamente, en el mecanismo con el cual se pretende prevenir la realización de juicios inválidos o la dictación de sentencias nulas.

Asimismo, estimamos que una interpretación de semejante amplitud afectaría también el principio acusatorio en que se sustenta el nuevo proceso penal chileno, puesto que al conceder semejante alcance a la norma que permite al juez de garantía corregir algunos errores de la acusación, ésta podría terminar siendo reformulada de un modo tal

que, en la práctica, fuera el juez quien terminara acusando y no el ente al corresponde sostener la acción penal conforme a la Constitución y la ley, como ya se dijo.

3.3 Jurisprudencia

Este breve panorama muestra cómo la doctrina no se ha ocupado en profundidad de los distintos problemas que se pueden presentar en relación con la congruencia desde la perspectiva de los casos prácticos, ni ha establecido criterios claros que permitan determinar cuándo hay o no un vicio de congruencia ante eventuales cambios en la descripción de los hechos, lo que se puede resolver, al menos en parte, analizando la jurisprudencia.

Sin embargo, la jurisprudencia se ha pronunciado muy escuetamente respecto de la congruencia. En muchos casos ni siquiera se reproducen los hechos de la formalización-acusación ni los que se dan por probados en la sentencia, de manera que a menudo no resulta fácil formarse una idea precisa acerca de las discrepancias entre unos y otros que las cortes estiman constitutivas de vicios de congruencia.

En primer término, lo que se puede concluir de la lectura de los fallos es que es ampliamente mayoritaria la opinión de que el principio de congruencia reporta al de defensa. De 37 sentencias que se refieren expresamente al derecho o garantía que se ve afectado por la incongruencia, 29 señalan que se trata del derecho a la defensa; en 7 casos se ha considerado que se afecta al mismo tiempo el principio acusatorio. En dos de ellas, se considera también relevante la afectación del debido proceso, aunque no se precisa qué aspecto de este amplio concepto es el que se ve afectado. Paralelamente y aunque no se hace referencia al debido proceso, en dos sentencias se agrega al derecho a la defensa, la igualdad de partes, el principio de la buena fe procesal y la igualdad de armas, y en otros dos casos, el derecho a probar. Por último, una sentencia relevante, por haber sido dictada por el máximo tribunal de la República, se remite al principio de legalidad, entendiendo que "la competencia jurisdiccional del Tribunal Oral en lo Penal está determinada en el Auto de Apertura del Juicio Oral, resolución que fija la o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio",[17] de modo tal que si

17. Corte Suprema, 2.ª Sala penal, causa Rol n. 3984-05, sentencia de fecha 15 de noviembre de 2005.

el tribunal no se atiene a esos hechos, viola el principio constitucional que obliga a todo órgano del Estado a actuar dentro de la esfera de su competencia.

No son abundantes los recursos de nulidad acogidos por motivo de incongruencia, pero en los casos en que ello ha ocurrido, los vicios más frecuentes para fundamentar la decisión de las cortes, son la infracción del deber de llamar a recalificar,[18] o el llamado imperfecto;[19] por haberse agregado algún hecho que se estima relevante[20] y por haberse

18. Causa Rol 51-04, Corte de apelaciones de Rancagua, sentencia de 3 de agosto de 2004: "A juicio de estos sentenciadores, el tribunal a quo se excedió del contenido en ella y sin haber advertido a los intervinientes durante la audiencia respectiva, de tal forma de permitir abrir debate sobre ello. En efecto consta de los antecedentes la formalización hecha por el Ministerio Público la imputación del delito de daños contemplado en el artículo 487 del Código Penal y la sentencia absuelve por dicha figura, condenado por daño falta del artículo 495 n. 21 del citado Código. La sentencia pronunciada, lo ha sido en virtud de un procedimiento sin sujeción al principio de la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia condenatoria, por lo que esta Corte anulará el juicio y la sentencia recurrida".

19. Causa Rol 85-2004, Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 30 de julio de 2004: Al no haberse cumplido por los sentenciadores con la normativa del art. 341 del CPP, que impone la exigencia de advertir una recalificación jurídica de los hechos diferente aquella que fue materia de la acusación, se está también alterando el principio del debido proceso, máxime si en este nuevo sistema procesal acusatorio, en la que el Ministerio Público tiene el sustento de la acción, aparece fundamental establecer previa y debidamente el marco punitivo a que se verá enfrentado eventualmente el acusado, antecedentes todos que ameritan acoger el recurso interpuesto, en relación a esta causal y en consecuencia anular de la sentencia y del juicio oral el tribunal oral está facultado para dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación, siempre que se hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia de dicha situación. En este caso los sentenciadores, llamaron a debatir sobre una posible recalificación jurídica del ilícito pero no se hizo la advertencia y por tanto, no se abrió debate en relación sobre el grado del desarrollo del ilícito, con lo cual la sentencia recurrida se dictó con infracción a la disposición antes citada".

20. Rol 983-06, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 3 de julio de 2006:" De la sola lectura de los hechos cuya autoría se atribuye al imputado en la acusación fiscal y de los que se da por establecidos en la sentencia, se advierte en forma clara que no existe entre ambos la debida

introducido variaciones en el rol ejecutivo,[21] o por falta o error en la individualización del acusado, como sucede en la sentencia ya citada de la Sala Penal de la corte suprema Rol 3984-05, o de la víctima.[22] No

convergencia conforme lo exige el art. 341 del CPP. En efecto, en la sentencia no se sanciona al acusado como autor del delito de robo en lugar habitado consistente en haberse introducido al inmueble de la ofendida saltando la pandereta y haber sacado desde ese lugar un cilindro de gas licuado, hecho por el cual fue acusado, sino que se amplía dicha conducta, comprendiendo en la misma otros hechos y circunstancias no imputados a este sentenciado en la acusación, como lo es el haber participado del atentado contra la persona de la ofendida que le ocasionó a ésta lesiones graves...".

21. Causa Rol 475-05, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 15 de junio de 2005. Los hechos materia de la acusación son los siguientes: "la víctima -José Luis Manríquez- fue interceptada por los dos acusados, Díaz le habría arrebatado un teléfono celular y se dio a la fuga, quien fue interceptado en la mitad del Puente Libertad por la víctima y un tercero -Leonel Sánchez-, que Díaz entregó la especie a Pastene, el que continuó huyendo y ambos fueron detenidos por funcionarios policiales metros más adelante"; la corte señala que según el fallo del tribunal del juicio, "lo que se probó es que Luis Manríquez y Leonel Sánchez transitaban por calle Valparaíso, que al llegar a Plaza Vergara fue interceptado el ofendido por Juan Pastene y otra persona y el primero le arrebató el celular de sus manos y se dio a la fuga, siendo alcanzado por Sánchez en mitad del Puente Libertad, el cual entregó el celular a un tercero (Díaz Cortés) que continuó la huida y luego lo arrojó al patio de una casa, siendo detenidos ambos por funcionarios policiales." Concluye, entonces, que "los hechos que se han tenido por establecidos difieren de aquellos de la acusación al atribuirse al acusado una actuación diferente de aquella que se probó en autos, ya que el apoderamiento de la especie se atribuyó a un tercero y a Pastene estar en compañía de aquel al que luego se la entregó y éste la arrojó a un jardín particular".

22. Causa Rol 98-06, Corte de Apelaciones de Coyahique, de fecha 3 de noviembre de 2006: "Al acusar el Fiscal del Ministerio Público a la imputada por un delito diverso al que fue materia de la formalización en su contra, toda vez que aparece como perjudicado por el ilícito penal una persona distinta, infringió el principio de congruencia contemplado por la ley en beneficio de aquélla; no siendo aceptable su argumento de que la misma aceptó los hechos, tanto de la carpeta de investigación como de la acusación, porque a juicio de este tribunal, no es razonable esperar que la propia acusada le diga al fiscal los errores de que adolece su acusación, ya que sólo él es responsable de su actuación frente a un tribunal. Además la circunstancia de que la imputada acepte los hechos en este tipo de procedi-

se tiene noticia de ningún recurso interpuesto por la defensa, que se haya fundado en la excesiva generalidad de los cargos, aunque como ya se ejemplificara al comienzo de estas letras, es un vicio de ordinaria ocurrencia.

Tampoco ha sido extraño que el Ministerio Público acuda a la congruencia para fundar la existencia de una causal de nulidad para atacar una sentencia absolutoria y, en algunos casos, con éxito, como sucede en la causa Rol 1988-06 de la Corte de Apelaciones de Santiago, que declaró que el tribunal del juicio no debió absolver al acusado fundándose en que la acusación estaba mal redactada; o en la causa Rol 2288-06, de la misma Corte, en que se acoge el recurso de nulidad contra la sentencia dictada por el tribunal del juicio, que absolvió al acusado porque el nombre del local comercial en que se había cometido el delito era distinto del mencionado en la acusación, aunque la dirección estaba correctamente indicada, pero en estos casos, la causal invocada, correctamente, es el error de Derecho en que se ha incurrido en relación con el art. 341 CPP y no directamente en una infracción al principio de congruencia.

Hay un caso de declaración de nulidad por errónea aplicación del Derecho que, en concreto, se acogió por incongruencia fundada en la falta del llamado a recalificar. Sin embargo, la exigencia legal de una formalidad para recalificar, como es el llamado obligatorio a los intervinientes a debatir sobre el punto, se consideró como una suerte de solemnidad de carácter absoluto y no como una garantía para el encausado. Así ocurrió en la causa Rol 451-06 de la corte de Apelaciones de Santiago, donde, a solicitud del Ministerio Público, se resolvió anular el juicio y la sentencia por no haberse llamado a recalificar respecto de una circunstancia atenuante no alegada,[23] en circunstancias que, según

mientos abreviados, no le da a esta declaración la calidad de confesión o aceptación de responsabilidad sobre la comisión de los mismos y que, por ese solo hecho, el juez esté obligado a condenar".

El procedimiento abreviado es un mecanismo de aceleración del proceso que consiste en que a cambio de una reducción en la pena, el acusado renuncia a su derecho al juicio y acepta los hechos de la acusación, pero sin admitir responsabilidad penal en ellos, así como los antecedentes de cargo en que esa acusación se funda. La sentencia que se dicta en ese procedimiento es susceptible del recurso de apelación, mas no de nulidad.

23. "El art. 341 del CPP establece la facultad al tribunal para apreciar la concurrencia de circunstancias agravantes de responsabilidad penal, no

parece desprenderse del propio fundamento del fallo, lo que realmente ocurrió fue que se declaró concurrente una minorante que jurídicamente no procedía, de modo que, en el mejor de los casos, la causal debió haber sido la de haberse incurrido en un error de Derecho en relación con la concurrencia de la atenuante o con la determinación de la pena, pero no directamente con la congruencia, como razona el fallo, puesto que en este caso, no hubo perjuicio para la defensa. Creemos que, sobre este aspecto, la correcta doctrina está expresada en la sentencia dictada en la causa Rol 72-2002, por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, donde se señala que "el principio de correlación o congruencia entre acusación y sentencia, consagrado en el artículo 341 del Código procesal penal, responde a la elemental necesidad de salvaguardar la identidad del tema u objeto del proceso, tanto en su aspecto material como personal (en el mismo sentido, Roxin, *Strafverfahrensrecht*. Ein Studienbuch, 25.ª edición, Beck, München, 1998, p. 390). Pero, como quiera que esa identidad se refiere a los hechos y las circunstancias reseñados en la acusación, pero no a su calificación jurídica, el tribunal tiene el derecho y el deber de someterlos a una apreciación de acuerdo con todos los puntos de vista aplicables según el Derecho, pudiendo calificarlos de un modo distinto a como lo hizo el acto que dio inicio al juicio oral (idem, cfr. p. 391-392). Puesto que "si el juez debiera considerarse ligado a la califi-

incluida en la acusación, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia, dando la posibilidad de debatir sobre ello. En el caso de autos se trató de una circunstancia atenuante y no agravante como lo señala la norma en comento y tampoco se abrió debate sobre ello. Además, el art.343 del CPP obliga perentoriamente a abrir debate sobre todas las modificatorias de responsabilidad penal sean atenuantes o agravantes, situación que no se produjo en el juicio recurrido, reconociendo este tribunal expresamente que la defensa no lo solicitó, que no abrió debate y que actuó de oficio, acogiendo una atenuante que, por lo demás atendida la prueba rendida y en el juicio, como se expresó anteriormente, no concurría ni podía de modo alguno ser acogida. La característica del nuevo proceso penal, es que es contradictorio, por ello se consagró la exigencia de abrirse debate para la aceptación o rechazo por parte del tribunal, de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que las partes estiman que concurren, salvaguardando así el derecho de la defensa como también el derecho del órgano persecutor representado por el Ministerio Público, por este medio, los Jueces sólo tienen escasa posibilidad de actuar de oficio, como aconteció en el caso sub lite, principio que se encuentra consagrado en diversas disposiciones del código del ramo, en especial el art. 343 ya citado".

cación jurídica que el hecho tuvo en la acusación, él se encontraría en la imposibilidad práctica de juzgar, y su función se limitaría a una mera afirmación o negación de la calificación jurídica que el hecho recibió en la acusación, sin tener ulteriores posibilidades de apreciarlo" (Bettiol, *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*, en sus *Scritti giuridici*, 2 vol., Cedam, Padova, 1966, t. I, p. 263); y para evitar el absurdo lógico y el despropósito político de que por esta vía el juez penal resigne el poder que lo distingue como autoridad pública, o sea, el *ius dicere*, y se degrade a simple confirmador de las estimaciones jurídicas del fiscal, es perfectamente factible que entre la calificación de la acusación y la que practique el fallo exista una divergencia, divergencia que no deshace, por cierto, la necesaria correlación material que debe mediar entre los hechos y las personas establecidos por una y otro. Ahora bien, que de la eventual modificación de la calificación original deba el acusado ser advertido por el tribunal durante la audiencia, según prescribe el párrafo segundo de la disposición mencionada, representa una garantía no menor de sus derechos, porque él debe tener la posibilidad de defenderse adecuadamente de todo aquello por lo que se le incrimina y de sus eventuales corolarios jurídicos (Roxin, op. et ed. cits., cfr. p. 392), *reserva hecha de una eventual* reformatio in melius *de la acusación, la que, según el parecer de la doctrina, no demanda advertencia previa, por la obvia razón de que en tal caso el fallo no perjudica al condenado* (Bettiol, op. et vol. cits., cfr. p. 254-255)". (La frase destacada nos pertenece).

En relación con los otros fundamentos fácticos y a modo de ejemplo, se ha acogido el recurso de nulidad porque el tribunal del juicio condenó al acusado, en circunstancias que tuvo por acreditado que los hechos ocurrieron en un día distinto del señalado en la acusación,[24] que señalaba que los hechos habían ocurrido el día "11 de abril del año 2004,

24. Causa Rol 50-2005, Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 30 de marzo de 2005: "Si bien la sentencia, al hacerse cargo de la prueba presentada por la defensa, en orden a desvirtuar que el imputado tuvo acceso carnal a la menor, señala que la circunstancia que los hechos no ocurrieron el día que se tuvieron por ejecutados los hechos no afecta al principio de congruencia, por cuanto los hechos que se juzgan son los mismos y por lo tanto el tipo penal no ha variado; no es menos cierto, que en este caso la fecha es relevante, por cuanto al haberse acreditado que ese día el imputado no tuvo acceso carnal respecto de la menor por no haberse encontrado en la vivienda que habitaba, no es posible tener por acreditada su participación en el ilícito indicado en el auto acusatorio".

en horas de la mañana". La decisión de la Corte se basa en la afectación del derecho a la defensa, puesto que ésta se orientó "a descartar el acaecimiento de la situación contenida en la acusación".

La alegación de incongruencia fundada en la alteración de la fecha o la hora ha sido recurrente, pero invariablemente, las cortes han señalado que cuando ese elemento no es relevante en relación con los hechos materia de la acusación, no puede provocar la nulidad de la sentencia y del juicio: "La hora es un elemento accidental que no contradice los elementos esenciales de la imputación, máxime que la sentencia sentó el hecho como en "horas de la tarde" y la acusación lo determinó a las 19:25 horas, en definitiva es una cuestión semántica. Que el profesor Julio Maier en su obra Derecho Procesal Penal, Tomo I, p. 336, afirma "la base de la interpretación está constituida por la relación del principio (de congruencia) con la máxima de inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensa no pidieron expedir, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el principio estudiado. Nada de lo expresado ocurrió en este caso, pues la defensa conoció cabalmente el contenido de la imputación, pudiendo realizar alegaciones y rendir pruebas".[25]

Hay también sentencias en que se hace referencia a la ausencia de elementos subjetivos y a la utilización de fórmulas legales genéricas, pero en ellas, la regla general es que se entienda que lo que debe estar descrito es el hecho constitutivo de de negligencia, imprudencia o impericia, y no la forma de culpa que se atribuye al acusado,[26] lo que se cumple en la especie, como se aprecia de la lectura de los hechos consignados en el requerimiento: "El día 25 de mayo de 2006, a las 17:40 horas aproximadamente, en circunstancias que la imputada Yasna Victoria Serrano Balbi, se encontraba conduciendo su vehículo placa patente LP 5193, en el kilómetro 45.340 de la ruta G-78 antigua, en dirección al oriente, al realizar una maniobra de adelantamiento, antirreglamentaria, sobrepasó el eje central de la calzada ocupando la pista de circulación izquierda.

25. Causa Rol 70-2007, Corte de apelaciones de La Serena, sentencia de fecha 24 de abril de 2007.

26. Causa Rol 776-07, Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de fecha 10 de julio de 2007.

En dichas circunstancias, colisionó de frente con el vehículo placa patente PB 5998, conducido por doña Patricia Inés Farías Vidal, quien se desplazaba por la misma ruta, en dirección hacia el poniente.

Producto de dicha colisión frontal, resultaron lesionados Patricia Farías Vidal, quien resultó con lesiones consistentes en contusión esternón y rodilla izquierda, de carácter menos graves, según informe número 148/2006, del Servicio Médico Legal de Melipilla, así como también el acompañante de la conductora Farías Vidal, el menor Pablo Andrés Barbagelata Farías, quien resultó con lesiones consistentes en subluxación cadera izquierda, de carácter grave, según el informe número 149/2006, del Servicio Médico Legal de Melipilla, y el acompañante de la imputada, el menor Francisco Javier Villavicencio Serrano, quien resultó con lesiones consistentes en contusión facial izquierda, de carácter menos grave, según el diagnóstico del facultativo de turno del hospital local". Se alegó que "la sentenciadora condenó a la imputada por antecedentes que no formaban parte de la descripción fáctica contenida en el requerimiento, al incorporar la imprudencia o negligencia de la conductora, circunstancias que no se consignaron previamente", pero la Corte estimó que "el sustrato fáctico del requerimiento cumple con las exigencias legales, pues el Ministerio Público denunció a la requerida por haber efectuado al mando de la conducción de un vehículo motorizado una maniobra con infracción de reglamentos, hecho básico, que de ser comprobado en el juicio, da origen a una presunción legal de responsabilidad, que obviamente admite prueba en contrario, pero que al no ser desvirtuada puede eventualmente incardinarse a un tipo culposo, como efectivamente ha ocurrido en la especie".

4. Conclusiones

La conclusión más relevante que se puede extraer el estudio de los fallos, especialmente aquellos que consignan los hechos de la acusación y los establecidos en la sentencia, es que en ellos se señala mayoritariamente que la congruencia se refiere únicamente a los hechos que dicen relación con los elementos del tipo objetivo y, entre éstos, sólo los que constituyen el núcleo del tipo; y que hechos relativos a la forma comisiva, clase de participación, lugar, fecha y hora de ocurrencia de los hechos, tienen una relevancia menor, en tanto no se afecte el derecho a la defensa, esto es, en la medida en que los argumentos de la defensa no se hayan basado precisamente en esas circunstancias. En el caso de los delitos culposos, se requiere siempre que los hechos constitutivos de la

infracción de reglamento o que se estiman negligentes o imprudentes, estén descritos en la acusación, aunque no se señale en ella la forma de culpa ni la disposición reglamentaria infringida, puesto que esos elementos tienen un carácter jurídico y son, por ende, de la competencia del tribunal.

Asimismo, y aunque hay uno[27] que adhiere a la concepción naturalista-subjetivista para determinar la unidad natural del hecho procesalmente relevante como objeto del proceso,[28] los restantes fallos muestran que la jurisprudencia chilena ha optado por un criterio normativo, adoptando "una visión de derecho penal sustantivo con el objeto de poder disponer de un criterio que les permita identificar el hecho y medir su invariabilidad (o identidad) en todos los casos, y sobre todo en aquellos en que los criterios naturales se mostraron inútiles".[29] Esto ha permitido centrar el debate en torno al perjuicio y a la existencia o no de una afectación de las garantías constitucionales del acusado, especialmente el derecho a la defensa.

27. Causa Rol 85-04, Corte de Apelaciones de La Serena.
28. Del Río Ferretti, *Los Poderes de decisión del Juez Penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, cfr, p. 147.
29. Idem, p. 154.

2
A correlação entre imputação e sentença no Brasil

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP. Procurador de Justiça aposentado. Membro Fundador e Presidente do ASF – Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal. Fundador e Coordenador do Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas – ASF Cursos e Eventos. Consultor jurídico e parecerista em matéria criminal.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: Pretende-se analisar a importância da correlação entre a imputação e a sentença, bem como seu tratamento no ordenamento processual brasileiro, evidenciando-se suas nuances e sua importância, como garantia do direito de defesa, no âmbito do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma do Código de Processo Penal – Denúncia – Direito de defesa – Imputação alternativa – Aditamento da denúncia.

ABSTRACT: It analyses the importance of the correlation between prosecution and adjudication, how the Brazilian Procedural Law approaches it and highlights the differences and the importance in guaranteeing the Right to a Defense in the Democratic State of Law.

KEYWORDS: Criminal Procedure reform – Indictment – Right to defense – Alternate prosecution – Addendum to the indictment.

SUMÁRIO: 1. O fato narrado: elementos essenciais e acidentais – 2. A correlação e o fato diverso – 3. A correlação e o fato novo – 4. Outros aspectos da correlação e do fato diverso – 5. A reação defensiva e a classificação da sentença no direito brasileiro.

1. O FATO NARRADO: ELEMENTOS ESSENCIAIS E ACIDENTAIS

Para haver imputação[1] em sentido estrito,[2] é necessário um ato processual que narre o fato atribuído à pessoa acusada. Este ato é a denúncia ou queixa e nele o fato deve estar identificado em seus elementos típicos e individualizado como evento histórico, situado no tempo e no espaço.[3] É para essa finalidade de identificação e individualização do fato que o art. 41 do CPP, exige, na denúncia ou queixa, a "exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias".

O fato da denúncia ou queixa é o que já foi objeto de apuração na fase do inquérito policial e constou da imputação em sentido amplo durante a investigação. Com a acusação em juízo, exige-se maior precisão na narração desse fato, pois ocorre a sua cristalização[4] e, em virtude dela, fica delimitado o âmbito da reação da defesa, que não pode alterar ou ampliar o fato fixado por quem promove a acusação.

O fato da investigação e da denúncia ou queixa é um acontecimento histórico, um trecho da realidade, um momento de uma contínua e incessante evolução, e que, por se amoldar a um tipo penal, é destacado e trazido ao processo. O principal parâmetro para se verificar o que deve ser transposto, da realidade para o processo, é a composição do tipo. É necessário, assim, realizar um corte no espaço e no tempo e descobrir as circunstâncias necessárias para identificar uma infração penal, transpondo para o processo os dados que, reunidos, configuram, segundo

1. O presente artigo levou muito em conta o que escrevemos sobre imputação e sua correlação com a sentença na obra: *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
2. Como anteriormente dissemos (*A reação defensiva*... cit., 3.1 e 3.2), imputação é, em sua essência, juízo de atribuição, pelo qual se vincula alguém à prática delituosa, como o seu provável autor. Vista em forma ampla, sem estar ligada a ato certo para ser expressada, existe desde a fase de investigação. Em uma acepção restrita, prende-se a imputação exclusivamente ao momento em que, superada a investigação, é instaurado o processo, mediante acusação formal.
3. A doutrina alude à identidade do fato e à individuação do fato. O fato é identificado como fato típico pelos dados que correspondem aos elementos do tipo penal. É individuado como fato histórico pelos dados que o distinguem de outro fato da natureza, tornando-o único. Ver Teresa Bene, Reato permanente e modifica dell'imputazione..., p. 645.
4. Ver sobre a cristalização do fato na forma como está na imputação e na fixação do âmbito da reação Tommaso Rafaraci, *Le nuove*..., p. 07.

prévia descrição normativa, ilícito penal. Na descrição dos elementos do tipo, antes se entendiam suficientes os elementos objetivos, mas atualmente considera-se imprescindível também a descrição do elemento subjetivo do tipo, dolo ou culpa.[5]

Não bastam os elementos do fato típico. São essenciais, mas não suficientes. O fato narrado na denúncia, por ser um fato da natureza, concreto, deve estar plenamente identificado como acontecimento histórico por circunstâncias que o delimitem no tempo e no espaço e, assim, o distingam de outro evento naturalístico. O acusado necessita saber, com precisão, qual o fato a ele imputado e não correr o risco de ser condenado por fato diferente daquele da acusação.

O fato da natureza, depois de individuado e delimitado, quando transposto para a acusação, não pode ser cindido, repartido, em sua composição típica, e será trazido ao processo na totalidade dos elementos que o identificam como fato criminoso.[6] A ação proposta deve conter um só pedido, o de condenação por esse fato.

5. Afrânio Silva Jardim, *Direito processual penal*..., p. 218, entende que, em face da expressão do art. 41 do CPP "e todas as suas circunstâncias (...) além das modificações do mundo exterior, deve conter a imputação o conteúdo da vontade do autor da ação, dado indispensável para a configuração da sua tipicidade subjetiva. Embora o elemento volitivo se extraia dos fatos físicos, que servem para indicá-lo, com eles não se confunde". Também para Airton Buzzo Alves, *Tipificação*..., p. 84-85, a denúncia deve "descrever o dolo ou a culpa de cada um dos agentes, sobretudo quando temos a coautoria ou a participação. É inepta a denúncia que não descreve o elemento subjetivo do tipo".

6. Há, como salienta Tommaso Rafaraci, *Le nuove*..., p. 30, uma análise crítica e seletiva do fato e não uma decomposição da realidade histórica. Diz Giuliano Allegra (*Azione e sentenza*..., p. 163) que cindir o fato representaria "distruggere il fato stesso nella sua reale individualità: perchè ciascun elemento del fatto, sai di ordine soggettivo od oggettivo, concorre a costituire quegli elementi si riflettono rispettivamente luce e colore, onde ognuno di essi concorre a costituire quel determinato fatto nella *sua identità ontológica ad obiettiva,* e lo costituice ancora nella sua identità *relativa a chi lo vede ed osserva*" (destruir o próprio fato na sua real individualidade: porque cada elemento do fato, seja de ordem subjetiva ou objetiva, concorre para constituir aquele próprio fato, todos e cada um daqueles elementos refletem-lhe respectivamente luz e calor, todos concorrem para constituir aquele fato determinado na sua identidade ontológica ou objetiva e para constituí-lo, ainda, na sua identidade diante de quem o vê e o observa).

O que se faz na imputação é afirmar um fato que se supõe real porque confirmado por elementos obtidos durante a investigação. Em outras palavras, há na imputação a afirmação de um fato hipotético e é com este fato que se trabalha no processo.[7] O que deve ser verificado é se ele existiu e, existindo, se a forma com que foi narrado corresponde ao fato da natureza transposto para o processo. Pode a descrição ter sido incompleta e depois se desvendarem novas circunstâncias que alterem ou modifiquem o fato descrito. O fato da natureza é o mesmo e, como acontecimento histórico, não pode ser alterado. O que se modifica, o que se altera é o fato descrito, o fato hipotético. Quando o fato resultante da prova é outro, inteiramente diverso daquele descrito na denúncia, ou é o mesmo fato alterado, deve haver nova acusação por outra denúncia ou por aditamento do Ministério Público e a defesa deve ter nova oportunidade de reação, porque foi outro ou diferente o objeto de sua contrariedade inicial.

Quando são narrados diversos fatos criminosos, em concurso material, ligados entre si por vínculos de conexão e, em virtude disso, reunidos no mesmo processo, todos eles devem estar descritos com as suas circunstâncias. O mesmo se exige na descrição dos fatos que formam crime continuado. Neste, cada crime que o compõe é, em si, um fato da natureza, ligado aos demais por laços circunstanciais de tempo, lugar, modo de execução, e, para o legislador, tidos como se constituíssem um crime praticado em continuação. Assim, os fatos do elo da continuidade são distintos e, por isso, devem estar todos descritos. Quando se opta por uma narrativa geral de dados comuns a todas as condutas, as suas particularidades devem estar especificadas.[8] No concurso formal, em que no mesmo contexto fático são atingidos bens jurídicos penais diversos, devem estar suficientemente descritos a ação única e os resultados diversos. Nos casos de concurso de agentes, é preciso narrar a

7. O realce ao caráter hipotético do fato da imputação é feito pela doutrina, como mostram Tommaso Rafaraci, *Le nuove...*, p. 05, e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 99-100.

8. Manuel Lopes Maia Gonçalves. *Código de processo penal...*, p. 354, afirma que "será conveniente descrever na acusação todas as condutas que se integram na continuação, porque algumas podem não ficar provadas, estar prescritas, anistiadas, e porque, mesmo dentro de uma unidade, pode não ser indiferente a prática de um ou de vários actos naturalísticos".

conduta de cada um, de modo que possam todos saber do que estão sendo acusados.

Quando a imputação envolve concurso de agentes, a conduta de cada acusado deve ser claramente individualizada na acusação. Cada agente é responsável por parcela do fato e nem se exige que com sua ação realize todos os elementos da figura típica; em caso de participação, pode a sua conduta nem corresponder a tais elementos. Por isso, para poder realizar sua defesa, o coautor ou partícipe precisa saber claramente qual é a parcela de sua contribuição para o fato criminoso. Impõe-se, portanto, que a denúncia ou queixa narre o fato de modo a tornar clara e precisa a conduta de todos os imputados.

Admite-se acusação em casos de concurso de agentes sem completa especificação de cada conduta quando, pela complexidade do fato ou pela natureza do crime, isso não for possível. São hipóteses concretas em que há "participação difusa ou multifária", ou em que os crimes são "de autoria coletiva", "societários", "multitudinários".[9] Defrontam-se nesses casos dois interesses contrapostos: o da sociedade que quer ver reprimidos tais crimes, de grande reflexo na vida da coletividade, como ocorre com os crimes econômicos, e o interesse do indivíduo que tem o direito à imputação clara, precisa, determinada.

A prevalência do interesse social sobre o individual, marcada pela excepcionalidade, pode ser aceita quando, apesar de todas as diligências realizadas, mostrou-se impossível obter elementos esclarecedores a respeito da participação de cada um dos agentes. Imagine-se um crime de roubo em que a vítima, ao ser ouvida, mencione três autores, não os reconheça porque estavam encapuzados e, por este motivo, afirma ser-lhe impossível precisar a atitude por eles desenvolvida, deixando assim de especificar quem portou o revólver, quem vasculhou a sua residência, quem dirigiu o veículo para a fuga. Logo depois do fato, os três foram encontrados no carro utilizado para sair do local do crime, dentro do qual estava o produto do crime. Quando interrogados, afirmaram que só prestariam declarações em juízo, preferindo o silêncio. Há, assim, indícios convergentes para os três, mas não há como esclarecer a forma de atuação de cada um.

9. Ver jurisprudência citada por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, *As nulidades...*, p. 92, e Fernando de Almeida Pedroso, *Processo penal...*, p. 129.

Em casos como o citado, é viável a preponderância do interesse público sobre o particular para o equilíbrio social. Cuida-se de hipótese excepcional, só justificada quando os dados colhidos na investigação forem insuficientes para uma descrição precisa da conduta dos acusados e essa deficiência for insuperável por novas diligências.

O problema da alternatividade na imputação[10] pode envolver o fato imputado ou a sua qualificação jurídica. Interessa, para o presente artigo, a alternatividade na narração do fato. Importa saber se é possível a atribuição ao acusado de duas condutas de maneira alternativa em torno de um mesmo fato, com pedido de condenação por uma ou outra, e se essa imputação prejudica a reação defensiva.

A doutrina e a jurisprudência dividem-se quanto à possibilidade de imputação alternativa a respeito do fato.[11] Uma corrente nega inteiramente a possibilidade de qualquer alternatividade, pois entende que o

10. Afrânio Silva Jardim, *Direito processual...*, p. 225-227, separa a imputação alternativa em objetiva e subjetiva e as estuda. A primeira, que se refere à alternatividade quanto aos dados objetivos do fato narrado, ele divide em ampla ou restrita. Considera ser ampla a que incide sobre a ação principal, furto ou roubo, e restrita a que se circunscreve a uma circunstância qualificadora: no furto, se houver rompimento de obstáculo ou escalada. Alude a duas espécies de alternatividade subjetiva, ou seja, quanto ao sujeito passivo da imputação, a simples e a complexa. Define como simples a alternatividade que decorre de dúvida sobre a autoria do crime, como na hipótese em que "os indiciados se acusam reciprocamente, sendo a prova testemunhal também díspar", e como alternatividade subjetiva complexa a que abrange "não só o sujeito ativo, como a própria infração conjuntamente". Cita como exemplo de alternatividade complexa a hipótese em que, no caso de prisão em flagrante por crime de resistência, exista dúvida quanto à legalidade da ordem de prisão, sendo viável que se impute, "alternativamente ao preso o crime de desobediência e ao funcionário público o crime de abuso de autoridade". Distingue, ainda, a imputação alternativa em originária e superveniente: a primeira ocorre quando a alternatividade está na acusação inicial, a segunda, quando a alternatividade advém de aditamento.

11. Tommaso Rafaraci, *Le nuove...*, p. 288, nota 187, aponta autores italianos favoráveis e contrários à imputação alternativa. A divisão na doutrina e na jurisprudência brasileiras é exposta por Afrânio Silva Jardim, *Direito processual...*, p. 221-225. Ver ainda acórdãos de tribunais brasileiros que admitem ou repelem a imputação alternativa: Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, *As nulidades...*, p. 91-92.

fato deve ser sempre descrito de maneira precisa, determinada.[12] Outros admitem a imputação alternativa com os mais diversos fundamentos: sob pena de impunidade, não se pode impedir a acusação quando, esgotada a investigação, persistir dúvida sobre a conduta praticada, mas houver fortes indícios de que uma entre duas condutas teria ocorrido; a alternatividade não prejudica a defesa que pode se defender das duas condutas alternativas; evita-se que a acusação de forma injusta opte pela conduta mais grave.[13]

O Código de Processo Penal Tipo para Iberoamérica admite, no art. 263, a indicação alternativa pelo Ministério Público das circunstâncias de fato que permitam enquadrar o comportamento do imputado em figura distinta daquela da classificação formulada no ato de acusação. Na Espanha, também é possível a acusação alternativa, conforme dispõem os arts. 653 e 732 da Ley de Enjuciamiento Criminal. Assim, ao serem oferecidos para julgamento oral os escritos dos acusadores a respeito dos fatos puníveis, da qualificação legal, da concorrência de possíveis circunstâncias modificativas de responsabilidade e das penas estimadas, aceita-se, quanto a todos esses pontos, duas ou mais afirmações em forma alternativa. Se a primeira não for procedente, outras poderão ser analisadas na sentença (art. 653).[14]

Difícil seguir posição extremamente rígida sobre a alternatividade na descrição do fato de modo a negá-la sempre. A regra deve ser a

12. É contrária à imputação alternativa a Súmula 1 das Mesas de Processo Penal, resultante de trabalho coordenado por Ada Pellegrini Grinover, consistente em reuniões periódicas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, assim redigida: "Em princípio, não se deve admitir denúncia alternativa, ainda quando houver compatibilidade lógica entre os fatos imputados, pois seu oferecimento quase sempre acarreta dificuldades ao exercício do direito de defesa". Também se posicionam no mesmo sentido: Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, *As nulidades*..., p. 96.

13. Admitem a imputação alternativa: José Frederico Marques, *Elementos*...,vol. 2, p. 153; Vicente Greco Filho, *Manual*..., p. 130; Afrânio Silva Jardim, *Direito processual*..., p. 222-224. Este admite a imputação alternativa, mas excepciona nos casos em que a dúvida derive de peças de informação, entendendo que, neste caso, "deve ser requisitada a instauração de inquérito policial, a fim de que o estado de incerteza seja removido".

14. Ver Alberto Monton Redondo, Los procesos ordinarios y especiales, em: Juan-Luis Gomez Colomer, Manuel Otells Ramos e Alberto Monton Redondo, *Derecho jurisdiccional*..., t. III, p. 589.

imputação certa, precisa, determinada, mas é preciso aceitar pequenas variantes na exposição das circunstâncias que situam o fato como acontecimento histórico, como, por exemplo, a afirmação de que o crime foi cometido no dia dois ou três de determinado mês. Inaceitável é a admissão de duas imputações sobre o fato criminoso, com possibilidade de condenação por uma ou outra, como a imputação de receptação dolosa e de receptação culposa. Em síntese: pode haver imputação alternativa quanto às circunstâncias que servem para individualizar o fato no contexto histórico, mas é inviável no tocante à conduta típica.[15]

Uma das justificativas apresentadas pelos doutrinadores favoráveis à imputação alternativa é de que garante melhor a defesa. Argumentam ser preferível que o acusado tenha conhecimento das alternativas possíveis e possa desenvolver a sua reação defensiva em relação a todas.[16] A imputação alternativa é, contudo, prejudicial ao acusado, pois, diante dessa situação, deve realizar reação alternativa, ou seja, defender-se desde o início de duas possíveis condenações, o que dificulta e não favorece a sua reação.

Outros problemas podem surgir da alternatividade de duas imputações sobre o mesmo fato, o que nega a afirmação de ser interessante ao acusado. Assim, a diversidade de repercussões das classificações jurídicas dadas às imputações alternativas poderá dificultar a defesa e o desenvolver do processo. Imagine-se que se trate de alternatividade quanto aos crimes de furto simples e de roubo, em que o primeiro admite a suspensão condicional do processo e o segundo não. A alternatividade faz com que a decisão sobre o cabimento da suspensão fique pendente até a sentença, sem saber o acusado como equacionar a sua defesa. Pense-se, ainda, em imputações por crime de menor potencial ofensivo e por outro que não se enquadre nessa categoria. Também nessa hipótese, só na sentença será possível saber se era cabível a transação penal, admitida em casos de infrações de menor potencial ofensivo. A incerteza do resultado impede o acusado de definir desde a denúncia a maneira como irá direcionar a sua defesa.

15. Tommaso Rafaraci, *Le nuove...*, p. 288-90, apesar de se colocar contra a imputação alternativa, entende ser necessário admitir variantes alternativas atinentes à dinâmica, à modalidade, ao lugar do episódio.

16. Assim Afrânio Silva Jardim, *Direito processual...*, p. 223-224, que cita, com mesma fundamentação, Jescheck. No Código Modelo para Iberoamérica, justifica-se a imputação alternativa pela maior possibilidade de defesa.

Uma eventual justificativa para a alternatividade não estaria na maior amplitude de defesa, mas na celeridade imprimida ao processo ou na efetividade da persecução penal. O processo seria resolvido mais rapidamente, pois a imputação alternativa evitaria que o juiz no momento da sentença devesse baixar os autos para aditamento e para nova oportunidade de o acusado se defender. A eficiência decorreria de estar o Ministério Público autorizado a, em caso de dúvida, armar-se com duas imputações e, não comprovada uma, restaria a outra. As dificuldades para a defesa desenvolver a sua reação ante uma imputação alternativa, bem como os problemas que esta pode ocasionar ao processo, pesam contra as razões apontadas para defendê-la e a elas sobrepujam.

Justificava-se, entre nós, a imputação alternativa originária com a antiga redação do art. 384, parágrafo único, do CPP. Esse dispositivo previa aditamento à denúncia em virtude de circunstância nova evidenciada durante a instrução criminal que alterasse a definição jurídica do fato constante da denúncia ou queixa. Com o aditamento, passavam a existir duas imputações – a originária da denúncia e a superveniente do aditamento – e podia o juiz condenar o acusado por qualquer uma delas.[17]

Era diferente, contudo, a reação do acusado às imputações originária e superveniente. Se fosse autorizada a atribuição alternativa de dois crimes na denúncia ou queixa, impor-se-ia ao acusado a defesa em relação aos dois delitos durante todo o processo. Não era o que sucedia com a alternatividade superveniente antes admitida pelo antigo art. 384, parágrafo único, do CPP. O réu tinha a oportunidade de defender-se amplamente da imputação originária e só depois do aditamento, efetuado quando toda a instrução fosse encerrada, e ante a viabilidade de outra definição jurídica do fato devido a uma circunstância nova, o acusado devia defender-se dessa circunstância.

Concluía-se, então, que o sistema brasileiro permitia a alternatividade proveniente do aditamento referido no antigo art. 384, parágrafo

17. A doutrina e a jurisprudência brasileiras admitiam a condenação pela imputação originária ou pela superveniente. Era orientação antiga, acolhida por Eduardo Espínola Filho, *Código de processo...*, vol. 4, n. 760, p. 118, que referia sua admissão pelos tribunais logo após a entrada em vigor do Código de Processo Penal. Ainda, no mesmo sentido: Afrânio Silva Jardim, *Direito processual...*, p. 227-231, que lembrava ser essa a orientação pretoriana, com citação de acórdão do STF (*RTJ* 104, p. 1047); Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo...*, p. 205.

único, do CPP. Mas, nesse caso, tendo o réu se defendido da imputação originária, passava, depois, a se defender da circunstância nova a ela acrescida, sem que lhe fosse imposta, desde o início, a defesa alternativa.

Contudo, o novo art. 384 e seus parágrafos, decorrentes da alteração promovida no Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008, alteraram esse panorama. Agora, recebido o aditamento, o juiz fica adstrito aos seus termos, ou seja, fica preso à nova imputação (art. 384, § 4.º, CPP).

2. A CORRELAÇÃO E O FATO DIVERSO

Para o estudo da correlação interessa o fato descrito na denúncia ou queixa. Se permanece o mesmo em seus elementos essenciais e acidentais, o juiz, na sentença, resolve sobre ele, não podendo estendê-lo ou restringi-lo. Alterando-se o fato durante o processo, deve-se proporcionar novo momento para ser mudada a acusação e depois para a reação do acusado, evitando-se a condenação por fato diverso daquele da imputação. Quando a instrução revelar fato novo que substitua o da imputação ou que a ele se ligue por conexão, haverá necessidade de outra acusação, pois não se tratará mais de fato diverso resultante de simples alteração do fato da denúncia ou queixa.

A doutrina acentua a dificuldade em discriminar, no caso concreto, o fato diverso do fato novo[18] e busca definir os pontos em que possa assentar essa distinção, normalmente o núcleo essencial do fato, necessário para caracterizá-lo como fato típico e fato histórico, e o bem jurídico ofendido. O fato é novo quando os elementos de seu núcleo essencial constituem acontecimento criminoso inteiramente diferente daquele resultante dos elementos do núcleo essencial do fato da imputação e, por consequência, são também diferentes os bens jurídicos protegidos pelo fato imputado e

18. Giulio Illuminati, Giudizio (artt. 465-548), em: Giovanni Conso, Vittorio Grevi. *Profili del nuovo Códice...*, p. 603 ressalta a respeito dos termos "fatto nuovo" e "fatto diverso": "Per la verità, sul piano terminológico una precisa distinzione tra le due ipotesi non è sempre possibile, datto che anche modifiche parziali possono trasformare totalmente il fatto originariamente contestato" ("Em verdade, sobre o plano terminológico, uma distinção precisa entre as duas hipóteses não é sempre possível, dado que também modificações parciais podem transformar totalmente o fato originariamente contestado"). Essa dificuldade foi ressaltada pela Comissão Consultiva a respeito do Projeto Preliminar do Código de Processo Penal da Itália de 1978, conforme salienta Iolanda Calamandrei, Diversità del fatto..., p. 637.

pelo fato novo. O fato é diverso e não novo quando os elementos de seu núcleo essencial correspondem parcialmente aos do fato da imputação, mas com o acréscimo de algum elemento que o modifique.[19]

Considerando-se a distinção entre o fato diverso e o fato novo e a separação entre elementos essenciais do fato imputado, que o enquadram em um tipo incriminador, e elementos acidentais do fato imputado, que o situam no contexto histórico, será possível separar quatro situações: fato diverso resultante de alteração em elemento essencial do fato imputado; fato diverso resultante de alteração em elemento não essencial do fato imputado; fato novo que substitui o fato imputado; fato novo que é acrescido ao fato imputado.

O Código de Processo Penal, no art. 384, *caput* e parágrafos, cuida da alteração no fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal devido elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação e que muda a sua definição jurídica. Não trata de fato novo, mas de fato diverso, ou seja, de fato que mantém parte do núcleo essencial da imputação originária, acrescentando-lhe elemento ou circunstância nova.

O art. 384 do CPP deve ser interpretado corretamente e analisado em consonância com as garantias do contraditório, da ampla defesa e com o tratamento constitucional da ação penal.

A primeira dúvida de interpretação decorre da expressão "definição jurídica do fato" encontrada no *caput* do artigo examinado. Deve-se

19. São desse teor os conceitos de fato novo e fato diverso da doutrina italiana apontada por Teresa Bene, Reato permanente..., p. 649. A autora, com base em retrospecto doutrinário, afirma que será diverso o fato se o dado novo apenas se agregar ou alterar os elementos do crime já contidos na imputação em seus elementos essenciais; o fato será novo quando os seus elementos essenciais não estiverem contidos na imputação. Aniello Nappi, *Guida*..., p. 350, com citação de jurisprudência criada sobre o Código Rocco da Itália, salienta que na época se entendia haver fato diverso quando se alterassem elementos essenciais dos elementos materiais da imputação contestada, e fato novo quando se acrescentasse ao da imputação como nova hipótese de acusação. Invertem-se, assim, os termos da definição dos fatos novo e diverso. Essa diferença de conceitos sobre fato novo e fato diverso entre os italianos é percebida no estudo de Iolanda Calamandrei, Diversità..., no qual relaciona os principais posicionamentos doutrinários na Itália (p. 638-43, especialmente nota 12, da p. 638) e refere a evolução da jurisprudência (p. 641-643).

entender que tem significado mais abrangente do que a expressão "classificação do crime", estando no art. 384 do CPP para evidenciar que o fato sofreu alteração em virtude de circunstância nova revelada pela prova, nada importando se é mantido ou alterado o enquadramento no tipo penal da denúncia ou queixa. Seria prejudicial às partes uma interpretação restrita e que só fizesse atuar o art. 384 quando houvesse mudança na classificação do fato, pois permitiria ao juiz sentenciar com base na imputação originária, sem oportunidade de aditamento pelo Ministério Público e de chance para o acusado se manifestar a respeito da circunstância nova e que altera o fato narrado pelo órgão acusatório. O correto é entender que o dispositivo analisado é aplicado independentemente de ser mantida a classificação dada ao fato na denúncia ou queixa, pois sua finalidade é garantir a reação da defesa em face da mudança no fato e do aditamento. Assim, em uma acusação por homicídio culposo, se o fato da denúncia muda porque, em vez de o acusado ter atuado com imprudência agiu com imperícia, ele deve ter a oportunidade de se pronunciar a respeito da alteração na modalidade de culpa e de produzir nova prova, embora se mantenha a mesma classificação do fato como homicídio culposo.

Com a mudança sempre há exigência de aditamento independentemente da alteração na pena. Antes, o aditamento era necessário somente se a nova pena fosse maior. Já acentuávamos, na obra: *A reação defensiva à imputação*, que era necessária uma interpretação condizente com a Constituição Federal.

No regime anterior ao Código de 1941, conforme refere Espínola Filho, era "francamente tolerável a desclassificação na sentença", nos casos de "minoração da situação do réu" e "inalteração da sua situação". O novo Código, diz ele, "preocupado em que a defesa se manifeste em toda a sua plenitude, não tolera, mesmo em tais hipóteses, se opere tão simplesmente a desclassificação e reclama baixem os autos, para o defensor falar e produzir a sua prova, até a testemunhal: justifica-se, pois poderá dispor o réu de elementos novos, que eliminem a sua autoria, ou, principalmente, a responsabilidade, pelo delito, na sua nova fisionomia com que se apresenta".[20]

Agiu bem o legislador de 1941, pois são relevantes o aditamento e a viabilidade da reação defensiva se houver alteração no fato, indepen-

20. Eduardo Espínola Filho, *Código de processo...*, vol. 4, p. 96.

dentemente da pena resultante da nova definição jurídica. O avanço do Código vigente ainda se revelava insuficiente e permaneceu a pena a ser aplicada como critério inadequado de diferenciação entre a necessidade ou não de aditamento. Quando a mudança na definição do crime no *caput* mantinha ou reduzia a pena em relação ao crime da denúncia ou queixa, era desnecessário o aditamento pelo Promotor e o legislador se contentava com o fato de o juiz indicar a alteração ocorrida e baixar os autos para a defesa se manifestar e produzir prova. O juiz, contudo, quando baixava os autos, raramente especificava a circunstância revelada durante a instrução e que tornava diverso o fato da imputação, impedindo o acusado de conhecê-la e de saber claramente contra o quê endereçar a sua reação.

A norma do *caput* do art. 384 do CPP fora afetada pela Constituição de 1988 no ponto enfocado e, a partir dela, já entendíamos ser sempre necessário o aditamento. Consta do art. 129, I, da CF/1988, ser função institucional do Ministério Público "promover, privativamente, a ação penal pública" e do art. 5.º, LIX, da CF/1988, que "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal". Com estes preceitos, a acusação em crime de ação pública deve ser formulada pelo Ministério Público e, se não o for, poderá ser apresentada acusação privada. Quando se tratar de crime de ação privada, a titularidade para acusar é exclusivamente do ofendido ou de quem o represente, conforme dispõe o art. 30 do CPP. Afirmou-se com a Constituição o sistema acusatório e desapareceu do ordenamento brasileiro a iniciativa de ofício do processo pelo juiz, que não pode acusar em crimes de ação pública, nos termos dos preceitos constitucionais citados (arts. 129, I, e 5.º, LIX, CF/1988). Extrai-se do novo sistema garantia para o indivíduo de só ser acusado em crime de ação pública pelo Ministério Público e, subsidiariamente, pelo ofendido, nunca pelo juiz. Deriva ainda outra garantia, a de que o indivíduo só pode ser condenado por fato que configure crime de ação pública quando houver prévia acusação do Ministério Público ou, subsidiariamente, do ofendido. Ora, quando há alteração em elemento do núcleo essencial do fato da denúncia ou queixa, passa a ser outro o crime, diverso daquele da imputação. Como o imputado foi acusado de ter praticado o fato da denúncia, para ser condenado pelo fato diverso, que configura outro crime, necessário se faz aditamento por quem possa acusá-lo, ou seja, o Ministério Público. Sem o aditamento, caso seja procedente a ação penal, seria condenado por crime diverso daquele que lhe foi imputado. Por esses motivos,

não persistia mais no ordenamento brasileiro a regra do art. 384, *caput*, do CPP, em sua redação originária, no ponto que permitia condenação por fato diverso da denúncia, sem prévio aditamento. Agora, após a Lei 11.719/2008, sempre se exige aditamento, ajustando-se o dispositivo à Constituição.

Outra mudança operada pela mesma lei também fez com que se adequasse à Constituição o tema da correlação do fato à sentença. Criticava-se o fato de os anteriores *caput* e o parágrafo único do art. 384, permitirem condenação por imputação implícita. Da leitura destes dispositivos, constatava-se que permitiam a condenação sem as providências por eles impostas, caso a circunstância evidenciada na instrução já se encontrasse de forma implícita no fato da imputação. Isso era inadmissível, pois o réu se defende de imputação expressa, precisa, clara. Por isso, para que não houvesse prejuízo à defesa, entendia-se que a interpretação aos preceitos enfocados devia ser restrita, considerando-se como circunstância implícita aquela que está contida na imputação, como, por exemplo, a lesão corporal em acusação por homicídio.[21] Com a nova redação do art. 384 e parágrafos, dada pela Lei 11.719/2008, desaparece a expressão "explícita ou implicitamente", firmando-se o entendimento restrito referido.

Após ser ouvido o defensor, se o juiz admitir o aditamento, as partes podem requerer audiência para inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, debates e julgamento (art. 384, § 2.º, CPP). Não foi feliz o legislador na redação do novo dispositivo, deixando a impressão de que a audiência depende de requerimento das partes. Todavia, ela sempre será necessária, pelo menos para novo interrogatório, debates e julgamento.

O juiz, conforme o § 4.º do art. 384 do CPP, fica adstrito aos termos do aditamento. Quando a mudança altera o tipo da imputação, como, por exemplo, de receptação dolosa para culposa, só subsiste a nova imputação. Quando há somente acréscimo de uma circunstância que qualifica o tipo, como sucede em caso de aditamento de acusação de furto simples para qualificado, o juiz pode condenar pela forma simples ou qualificada. O mesmo ocorrerá quando for acrescida causa de aumento, podendo o juiz simplesmente afastá-la e condenar o acusado

21. O exemplo era de Vicente Greco Filho, *Manual...*, p. 329, o qual dava aos anteriores *caput* e parágrafo único do art. 384 do CPP interpretação restrita.

pela imputação originária. Quando a circunstância faz parte de um crime novo, complexo, que abranja o anterior, como a violência em acusação originária de furto, tipificando o fato como roubo, persiste a possibilidade de o juiz entender que não há prova conclusiva sobre a violência, mas há demonstração suficiente da subtração.

No ordenamento brasileiro o juiz não pode obrigar o Promotor a oferecer o aditamento. Abre-se, contudo, em caso de recusa do Promotor, a oportunidade do juiz encaminhar os autos ao Chefe do Ministério Público, o qual poderá oferecer o aditamento (art. 384, § 3.º, CPP).

Importa, também, examinar a reação da defesa ao fato diverso da imputação nos processos do júri, nos quais há duas fases: a do antigo sumário de culpa e a do julgamento em plenário. Destina-se a primeira à coleta de prova para que o juiz possa examinar se há suficiente base para a acusação e se o caso pode ser enviado a julgamento. Quando conclui haver prova do crime e indícios suficientes de autoria que permitam ser o réu julgado pelo júri, profere a decisão de pronúncia prevista no art. 408, e parágrafos, do CPP.

Antes da reforma operada pela Lei 11.689/2008, discutia-se se o juiz poderia pronunciar o acusado, sem nenhuma providência prévia, por fato diverso daquele narrado na denúncia ou queixa em virtude de circunstância elementar evidenciada durante o sumário de culpa. Nunca se contestou que o juiz pudesse na pronúncia dar definição jurídica diversa ao fato inalterado. A discordância sempre se situou na viabilidade de pronúncia por fato diverso daquele da denúncia, em virtude de circunstância nova a ele incorporada, como, por exemplo, a inclusão de uma qualificadora no fato da denúncia descrito como homicídio simples.

Desde a vigência do Código até a Lei 11.689/2008 houve dissenso. Para Greco Filho, o juiz poderia incluir uma qualificadora, inexistindo prejuízo ao acusado porque "a ampla defesa está assegurada na segunda fase do procedimento".[22] Tinha idêntico entendimento Tourinho Filho, para quem não havia razão para se "invocar a regra do art. 384 e, muito menos, a do seu respectivo parágrafo", porque não se trata de decisão de mérito", mas de decisão de natureza processual.[23] Opunham-se Frede-

22. Vicente Greco Filho, Questões polêmicas sobre a pronúncia. In: _____. *Tribunal do júri. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, p. 124-125.

23. Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo* ..., vol. 4, p. 62.

rico Marques,[24] Tornaghi,[25] Hermínio Alberto Marques Porto,[26] Grinover, Scarance e Magalhães,[27] Mirabete,[28] Adriano Marrey e outros,[29] Badaró,[30] Airton Buzzo Alves.[31] Sustentavam que o juiz não poderia pronunciar por fato diverso daquele que constara da denúncia ou queixa, devendo observar o disposto no anterior art. 384 e parágrafo único, baixando os autos para que fosse aditada a denúncia e para que, em seguida, a defesa se manifestasse e pudesse produzir prova.

Era evidente o prejuízo à reação defensiva decorrente da inclusão na pronúncia de circunstância não constante da denúncia e que alterasse o fato criminoso, como, por exemplo, de uma qualificadora não constante da imputação. O acusado só reagia ao fato narrado pelo Promotor e, assim, tinha interesse em se manifestar a respeito da nova circunstância, no exemplo a qualificadora, e de realizar prova com o intuito de evitar que fosse incluída pelo juiz na pronúncia. Ademais, pelo fato de a Constituição ter assegurado ao indivíduo o direito de só ser acusado em crime de ação penal pública pelo Ministério Público ou pelo ofendido (art. 129, I, CF/1988), extirpando do sistema a imputação pelo juiz, este não poderia atribuir ao acusado uma qualificadora que não lhe foi atribuída pelos titulares exclusivos do direito de ação.

Após a Lei 11.689/2008, determinou-se a observância do art. 384 do CPP após a instrução na primeira fase, de modo que, antes da decisão de pronúncia, será necessário o aditamento sempre quando for evidenciado elemento ou circunstância não constante da imputação que torne diverso o fato imputado (art. 384, § 3.º, CPP). Pode o juiz dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, ainda que o acusado fique sujeito a pena mais grave (art. 418, CPP).

24. José Frederico Marques, *A instituição...*, p. 383.
25. Hélio Bastos Tornaghi, *Curso*, vol. 2, p. 201.
26. Hermínio Alberto Marques Porto, *Júri*, n. 59.
27. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, *As nulidades...*, Capítulo XI, n. 11, p. 225-226.
28. Julio Fabbrini Mirabete, *Processo penal*, n. 15.2.4, p. 487.
29. Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco, *Teoria e prática...*, p. 265-266.
30. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Correlação...*, p. 201.
31. Airton Buzzo Alves, *Tipificação...*, p. 112-113.

Outro ponto relativo aos processos de júri consiste em mudança do fato após a decisão de pronúncia, sendo exemplo sempre citado aquele em que, na acusação por tentativa de homicídio, a vítima falecesse depois da pronúncia. Lembra João Mendes o Aviso n. 53, de 28.07.1843, do Império, que firmou "o princípio de que o acusador pode alterar, no libelo, a determinação do artigo de lei feita na pronúncia, desde que supervenientes efeitos ou provas de circunstâncias características coloquem o mesmo fato sem alterar-lhe a natureza sob a sanção de outro artigo de lei". Entendeu o autor ser a solução razoável, "desde que fique bem firme que para não alterar a *natureza do fato criminoso*, é necessário manter não só a materialidade do fato, como o título do direito violado".[32] Mantém-se até hoje a possibilidade de ser feita a alteração da imputação. Previa o anterior art. 416 do CPP e prevê o atual 421, § 1.°, a alteração da pronúncia pela existência de circunstância superveniente que modifique a classificação do crime. Determina-se no art. 421, § 1.°, do CPP a remessa dos autos ao Ministério Público, sem especificação do que poderá ele fazer. O Promotor deve alterar a denúncia e acrescentar a nova circunstância, ouvindo-se, depois, a defesa, e, por fim, caberá ao juiz receber o aditamento e decidir sobre a alteração da pronúncia.

3. A CORRELAÇÃO E O FATO NOVO

Quando se trata de fato novo, inteiramente estranho ao da imputação feita pelo Promotor ou pelo querelante, há necessidade de outra acusação. Se o fato substituir a imputação, o acusado deve ser absolvido por inexistência do fato de que foi acusado, sem prejuízo de ser novamente denunciado pelo fato novo.[33] Caso o fato novo seja conexo ao da denúncia ou queixa, o Promotor pode oferecer aditamento para introduzi-lo no processo, formular outra acusação ou requisitar a instauração de inquérito. O aditamento será possível para reunião em um só processo das duas infrações anexas. Muitas vezes, embora haja conexão,

32. João Mendes de Almeida Júnior, *O processo criminal...*, vol. 2, n. 362, p. 400.

33. Iolanda Calamandrei, Diversità..., p. 650, ressalta a necessidade de ser vista com cuidado a possibilidade de renovação do processo, lembrando que não será viável imputação por crime que compunha o crime complexo pelo qual o acusado foi absolvido, e salienta as cautelas quanto às hipóteses de crime habitual ou crime permanente.

não é interessante o aditamento, sendo preferível uma acusação em separado, para não procrastinar o julgamento do fato da denúncia.

Em reformas projetadas, buscou-se dar tratamento ao tema do fato novo, não disciplinado no código brasileiro, como se verifica da regulação dada pelo antigo PL 633/1975, repetida depois nos projetos que o seguiram (PL 1.655/1983 e PL 1.655-A/1983). Eram tratados distintamente o fato novo, estranho à acusação, e o fato diverso resultante da alteração da imputação, em favor ou contra o réu. Estava impedida qualquer condenação "por fato estranho à acusação contida na queixa ou denúncia, ou no seu aditamento" (art. 414, *caput*). O projeto possibilitava o aditamento (art. 269, § 1.º). Exigia-se que houvesse aditamento quando se apurasse, na instrução da causa, a ocorrência de fato não contido na imputação e que configurasse crime diverso (art. 269, I). Sendo o aditamento apresentado após a instrução, a defesa deveria ter vista por três dias, para contrariá-lo e indicar as provas que desejasse produzir, podendo arrolar até quatro testemunhas (art. 269, § 1.º).

4. Outros aspectos da correlação e do fato diverso

As diversas formas de alteração no fato imputado podem ser resumidas em dois grandes grupos: alteração em elemento do fato típico e alteração em circunstância de individualização do fato no contexto histórico. Foi vista em destaque a alteração consistente em acréscimo de circunstância ou elemento ao fato imputado que muda a sua definição jurídica, porque objeto de tratamento específico do art. 384 do CPP, mas há outras alterações relevantes para o estudo da correlação.

Na alteração consistente em supressão de elementar do fato típico, dando origem a crime diverso daquele da imputação, a mudança não altera a correlação entre o fato e a sentença, nem prejudica a defesa porque foi dada oportunidade ao acusado de se defender de todo o fato narrado e, também, do suprimido que nele estava contido.[34] Enquadram-se na hipótese analisada: a supressão de elementar especial do crime,

34. Tommaso Rafaraci, *Le nuove...*, p. 286, separa as hipóteses em redução quantitativa ou qualitativa. São hipóteses de redução quantitativa: o crime consumado que resulta em crime tentado, o afastamento da qualificadora, o crime complexo que se resume em crime simples. A regressão criminosa (redução qualitativa) dá causa a fenômeno inverso ao da progressão criminosa, ocorrendo quando resulta atenuado o grau, a medida do evento, como, por exemplo, o homicídio que cede lugar à lesão.

como sucede com a supressão da qualidade de funcionário público no peculato e que o transforma em apropriação indébita; o afastamento de circunstância qualificadora, tornando simples o crime da denúncia, como o afastamento do rompimento de obstáculo para a subtração da coisa no furto; a condenação por um dos crimes que compunham o crime complexo, como a condenação por furto em caso de imputação de roubo.

Há, ainda, alterações que não representam acréscimo ou supressão de elementar do fato típico, mas mudanças nos elementos objetivos ou subjetivos da composição típica. É possível trazer vários exemplos: alteração quanto ao elemento subjetivo do tipo; alteração na conduta em tipos de forma vinculada; alteração em tipos penais múltiplos.[35]

Ocorre alteração em elemento subjetivo do tipo quando a acusação é da prática de crime doloso, mas a instrução revela cuidar-se de infração culposa. O mesmo sucede se for atribuída uma modalidade de culpa e a prova mostra ser outra, como, por exemplo, imprudência em vez de imperícia. Ainda pode acontecer mudança na mesma modalidade de culpa: acusação de ter agido com imprudência devido a excesso de velocidade e demonstração de haver imprudência em virtude de invasão de cruzamento com desrespeito ao sinal do semáforo. Em todos os exemplos, o fato imputado foi alterado, pouco importando que a pena permaneça a mesma, ou seja reduzida, e, por isso, exige-se aditamento e nova oportunidade de a defesa se manifestar e, se desejar, de produzir prova complementar nos termos do art. 384 e parágrafos. Não se pode concordar com afirmações de que haveria reação implícita e que incumbe ao acusado se defender de todas as possíveis modalidades de culpa.[36] Assim como é inadmissível falar-se em imputação implícita, também não se pode afirmar que há reações implícitas da defesa. É inteiramente destituída de sentido a afirmação de que o acusado, ao se defender de uma modalidade de culpa, deveria ou estaria ao mesmo tempo se defendendo de outra, inexistente na narração da denúncia. O imputado deve

35. Ver Tommaso Rafaraci, *Le nuove...*, p. 223.

36. Ver nesse sentido os autores citados por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Correlação...*, p. 216-218, que discorda do entendimento. Também a jurisprudência italiana admite normalmente a variação na culpa, até mesmo quando há alteração em circunstância de fato. Encontra forte resistência da doutrina, conforme anota Tommaso Rafaraci, *Le nuove...*, p. 23-25, nota 48, com a citação de vários autores.

se defender do fato a ele atribuído, levando em conta a forma como foi narrado. Não se pode exigir mais dele.[37]

O tipo do crime de forma vinculada é composto de maneira minuciosa e, assim, pequenas alterações mudam a sua composição típica, deixam de caracterizá-lo e podem configurar outra infração. Sem dúvida haverá necessidade de aditamento e de se dar à defesa oportunidade de reagir à alteração. Ao examinar o assunto, Badaró dá exemplo de crime de maus-tratos e afirma que não "se pode admitir (...) que uma imputação por maus-tratos consistente em sujeitar uma criança a 14 horas diárias de trabalho numa carvoaria, o que é excessivo e inadequado, redunde em uma condenação pelo abuso nos meios de correção e disciplina, porque a criança estava acorrentada e presa dentro de casa".[38]

No tocante aos crimes de ação múltipla, a denúncia pode conter uma ou mais ações das previstas no tipo e o acusado deve se defender das condutas que lhe foram atribuídas, não mais. Assim, em imputação de tráfico, enquadrada no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/1976 (revogada pela Lei 11.343/2006), se a acusação é de comprar e ter em depósito substância entorpecente, por elas responde o acusado e delas se defende. Não pode ser condenado por vender aquela substância, o que representaria ser punido por conduta estranha à imputação.

Outra alteração que pode existir é a passagem de um crime consumado para tentado. A mudança trará como novidade a circunstância alheia à vontade do acusado e que teria impedido o resultado lesivo, a qual não consta de denúncia por crime consumado. O aditamento é necessário. Sem ele haverá prejuízo, pois ocorrerá surpresa ao acusado, que pode ter desenvolvido toda a sua tese defensiva no sentido da absolvição.[39]

Em todas essas alterações incidentes sobre elementos essenciais do fato e que servem para configurá-lo como crime, é melhor possibilitar

37. Assim Iolanda Calamandrei, Diversità..., p. 646-647.

38. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Correlação...*, p. 117.

39. Como mostra Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Correlação...*, p. 211-213 e 214-218, não há na doutrina e na jurisprudência, tanto brasileira como estrangeira, uniformidade de entendimento a respeito da necessidade de ser dada oportunidade à defesa para se manifestar em todas as hipóteses referidas no texto, principalmente quanto à passagem de crime doloso para culposo, de uma modalidade de culpa para outra, de crime consumado para crime tentado.

um momento para o Ministério Público aditar e para a manifestação do acusado, a fim de não serem colhidos de surpresa com a condenação por fato diverso daquele da imputação.

Carece o ordenamento brasileiro de normas processuais expressas para resolver as hipóteses examinadas. Assim, as conclusões extraídas apoiam-se nos princípios constitucionais que asseguram o contraditório, a ampla defesa, o monopólio da ação penal pública pelo Ministério Público, e, no plano da lei ordinária, no art. 384, *caput* e parágrafos, do CPP. Não se pode restringir este artigo à hipótese de alteração por ele retratada e consistente no acréscimo de elemento ao fato narrado com mudança na sua definição jurídica, mas vê-lo como regra-base que, diante da falta de outra específica, atue em todas as situações de mudança em elemento essencial do fato narrado. Assim, com sustentação nos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do monopólio da ação penal pública pelo Ministério Público, e no art. 384 do CPP, pode-se afirmar que, havendo mudança em elemento do fato narrado e que se refira aos elementos do tipo penal, antes de ser proferida a sentença, deve o juiz dar oportunidade ao Ministério Público de aditar a denúncia e ao acusado de se manifestar e produzir prova complementar.

Quando a alteração não atingir elementos do fato típico, mas outras circunstâncias do fato que servem para individualizá-lo como acontecimento histórico e distingui-lo de outro evento, a existência de prejuízo depende de análise do caso, principalmente da forma como o acusado desenvolveu a sua defesa, do álibi que apresentou. Nem sempre uma alteração em circunstâncias indicativas do tempo, do lugar, do modo de execução será prejudicial.[40]

A doutrina menciona exemplos concretos em que a alteração redundou em prejuízo ao acusado. Assim, Alejandro Carrió cita caso de roubo qualificado pela utilização de arma em que constava da acusação a subtração de dinheiro e uma arma da vítima. Em sua defesa, disse o acusado que não havia prova da utilização de arma. O Tribunal julgou recurso da defesa e manteve a condenação anterior, sob o argumento de que, durante boa parte do tempo, os acusados estiveram de posse da arma subtraída da vítima. Contudo, a Corte Superior afastou a qualificadora, afirmando que não seria possível mantê-la, pois, em nenhum

40. Tommaso Rafaraci, *Le nuove...*, p. 25, nota 49; Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Correlação...*, p. 105-106.

momento, os réus foram acusados de terem utilizado a arma subtraída da vítima, mas de usarem outra arma. Tratava-se de circunstância nova, que não fora objeto da acusação, nem da reação da defesa.[41] Outros casos são referidos: o acusado prova que estava em outro local no dia referido como da ocorrência do crime a ele imputado ou, ainda, que não possuía e nem poderia ter usado a arma referida na acusação de homicídio; não pode ser surpreendido por uma condenação em que se admita ter sido outro o dia ou outra a arma utilizada.[42]

Nos casos trazidos para ilustração, a mudança está diretamente relacionada à estratégia desenvolvida pela defesa na sua reação à imputação. Sem aditamento à denúncia com correção da circunstância que se evidenciou ser outra e com posterior oportunidade de nova defesa, fica o acusado prejudicado se for condenado com base em circunstância diversa daquela narrada na denúncia.

Faz-se mister todavia esclarecer que as hipóteses referidas são de pequenas alterações circunstanciais, como o dia, a hora, a arma utilizada, mantendo-se o fato da natureza. Contudo, se a mudança nas circunstâncias alterar significativa e objetivamente o fato, ficando difícil afirmar que se trata do acontecimento retratado na denúncia, o caso será de fato novo, não de fato diverso, devendo o acusado ser absolvido.

Podem ocorrer alterações relevantes quando duas ou mais pessoas são acusadas de agir em concurso, como a mudança na forma de colaboração para a consumação do ilícito penal. Imagine-se que alguém seja acusado de ter estimulado o outro réu a cometer o crime, pagando-lhe por sua execução; não poderá ser condenado como um dos executores materiais do delito. Da mesma forma, quando o réu for acusado de ter sido partícipe, não poderá ser surpreendido pela condenação por coautoria, ou vice-versa, pois há evidente mudança na descrição do fato que delimitou a defesa do acusado.

41. Alejandro D. Carrió, *Garantias...*, p. 72-73.

42. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Correlação...*, p. 116, cita exemplos concretos que extraiu de obra de De Marsico: em acusação de homicídio cometido com uso de fuzil, o réu demonstra que não possuía e nem poderia ter usado tal arma e, assim, não poderia ser condenado por ter matado a vítima com um revólver; em outra acusação de homicídio ocorrido no dia 10 de janeiro, a defesa demonstrou que neste dia o acusado se encontrava em outro local, não podendo o juiz condená-lo porque o crime fora praticado em 18 de janeiro.

5. A REAÇÃO DEFENSIVA E A CLASSIFICAÇÃO DA SENTENÇA NO DIREITO BRASILEIRO

O juiz resolve sobre a classificação do fato imputado na sentença e pode dar-lhe nova definição jurídica, mesmo quando venha a impor pena mais grave, conforme expressamente consente o art. 383 do CPP.[43] Essa possibilidade de ser aplicada pena mais grave constituiu inovação do Código de 1941, conforme bem ressalta a sua Exposição de Motivos:

43. A doutrina refere-se à mudança na classificação feita pelo juiz na sentença como *emendatio libelli*, cujo significado é *emenda do libelo*. A denominação é falha. O termo libelo é antigo. No direito romano já se referia ao "libelo para pedir aquilo que nos pertence ou nos é devido (*libellum conventionale*) e o libelo para acusar alguém de um crime e pedir punição (*libellum accusatorium*)" (João Mendes de Almeida Júnior, *O processo criminal...*, vol. 2, n. 347, p. 389). Barão de Ramalho (*Elementos do processo...*, p. 54, § 103, conceitua-o como "a exposição escrita e articulada do fato criminoso, feita em forma legal, em que se pede a punição do réu". O mesmo aspecto, o de ser o libelo articulado, é ressaltado por João Mendes de Almeida Júnior (*O processo criminal...*, vol. 2, n. 347, p. 389). O fato de o libelo ser articulado diferencia-o da denúncia, que não é desdobrada em artigos. O libelo foi largamente utilizado no direito brasileiro quando o procedimento continha duas fases, o *iudicium accusationis* e o *iudicium causae*, mantendo-se na sua forma tradicional nos processos de júri: peça acusatória produzida após a decisão de pronúncia na forma articulada. Constituem seus artigos as teses que, estando em estrita consonância com a pronúncia, serão sustentadas em plenário. Mas se tornou também comum, tanto no processo civil como no processo penal, o uso do vocábulo *libelo* no tratamento do tema da correlação entre a ação e a sentença, ou, no processo penal, entre a acusação e a sentença. Os autores usam, então, as expressões *mutatio libelli* e *emendatio libelli*. O uso do vocábulo pode ser aceito na primeira expressão porque há mudança no fato descrito pela acusação, ou seja, altera-se o libelo acusatório (denúncia ou queixa). Não, contudo, na expressão *emendatio libelli*, pois está sendo utilizada para designar hipótese em que o juiz altera a definição jurídica do fato descrito na denúncia ou queixa, mas o fato permanece o mesmo. Não há emenda ou correção no libelo acusatório, mas decisão a respeito da classificação do fato. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Correlação...*, p. 144, acentua que "o libelo, como peça acusatória, não sofre qualquer emenda ou correção quando o juiz dá aos fatos nova classificação legal. O juiz, na sentença, classifica diversamente os fatos imputados". Só há *emendatio libelli* quando, "em face da errônea capitulação legal dos fatos, o Ministério Público ou querelante adite a denúncia ou a queixa para defini-los corretamente".

"O projeto, generalizando um princípio já consagrado pela atual Lei do Júri, repudia a proibição da sentença condenatória *ultra petitum* ou da desclassificação *in pejus* do crime imputado. Constituía um dos exageros do liberalismo o transplante dessa proibição, que é própria do direito privado, para a esfera do direito processual penal, que é um ramo do direito público. O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralismo, interesse pessoal dos criminosos. Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo ao bem social, estranho *direito adquirido* a um *quantum* da pena injustificadamente diminuta, só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena. Em razão do antigo sistema, ocorria, frequentemente, a seguinte inconveniência: não podendo retificar a classificação feita na denúncia para impor ao réu sanção mais grave, o juiz era obrigado a julgar nulo o processo ou improcedente a ação penal, conforme o caso, devendo o Ministério Público apresentar nova denúncia, se é que já não estivesse extinta a punibilidade pela prescrição. Se o réu estava preso, era posto em liberdade, e o êxito do segundo processo tornava-se, às mais das vezes, impossível, dado o intercorrente desaparecimento dos elementos de prova. Inteiramente diversa é a solução dada pelo projeto, que distingue duas hipóteses: o fato apurado no sumário é idêntico ao descrito na denúncia ou queixa, mas esta o classificou erradamente (...) E os dois casos são assim resolvidos: no primeiro, é conferida ao juiz a faculdade de alterar a classificação, ainda que para aplicar pena mais grave".

Como se percebe, no sistema anterior ao do Código vigente, o juiz podia alterar a classificação para diminuir a pena, não para exasperá-la. Essa restrição foi criticada por Espínola Filho, pois o acusado "se via, não raro, beneficiado, espetacularmente, porque o seu crime era mais grave que o capitulado na denúncia, mas não o aí definido" e "muita vez, essa estranha situação importava no monstruoso resultado da impunidade, por não ser possível o oferecimento da denúncia". Por isso, aplaudiu a mudança do Código de 1941: "hoje, o sistema, felizmente, é outro. O interesse público, a defesa social não são mais sacrificados, justamente quando se verifica ser mais séria a infração cometida, digna de punição mais rigorosa do que, a princípio, parecia".[44]

Bento de Faria não esposou, contudo, entendimento tão amplo. Ao se referir à possibilidade aberta pelo art. 383 do CPP de o juiz definir o delito na sentença de forma diversa da classificação constante da peça

44. Eduardo Espínola Filho, *Código de processo...*, vol. 4, p. 80.

acusatória, afirmava que não causa prejuízo à defesa, "dês que da nova classificação não resulte delito de natureza diversa, mas modalidade de um mesmo título, embora apelidado de maneira diferente".[45]

Houve, também, alguma resistência inicial da jurisprudência à mudança do novo Código e se exigia o aditamento quando o juiz, com base no art. 383 do CPP, fosse aplicar pena mais grave, abrindo-se, em seguida, vista à defesa para oferecer prova; esta orientação não vingou principalmente porque o STF adotou posição oposta, no sentido de ser sempre possível a alteração da classificação pelo juiz, sem aditamento e manifestação da defesa, ainda que a pena seja aumentada.[46]

Se a mudança operada com o Código podia ser justificada porque, antes, o agravamento da pena impedia o réu de ser condenado, exigindo-se nova denúncia, a alteração procedida levou o pêndulo para o lado oposto em seu extremo. Se com o sistema anterior a segurança social estaria desguarnecida, agora passou a defesa a ficar desprotegida, com o entendimento firmado de que o réu se defende apenas do fato e não da classificação, anulando-se praticamente a importância desta. A solução do art. 383 do CPP outorgou ao juiz poderes soberanos para, sem ouvir as partes, dar ao fato a classificação que julgar adequada, não se importando o legislador com os reflexos negativos para acusação e defesa da mudança na classificação. Como o novo regime tornou a classificação legal do fato virtualmente alternativa, pois há sempre a possibilidade de o juiz na sentença alterar a classificação, ao acusado foi imposto o pesado ônus de se defender da classificação expressa e de todas as outras possíveis.[47]

Não deveria permanecer essa situação, porquanto as garantias constitucionais e as exigências do devido processo legal impedem que as partes sejam surpreendidas com uma alteração sobre a qual não se estabeleceu prévio contraditório. Tanto a acusação como a defesa têm

45. Bento de Faria, *Código de processo...*, vol. 1, p. 428.

46. Ver sobre essa vacilação inicial da jurisprudência e a posição afirmada no STF, Eduardo Espínola Filho, *Código de processo...*, vol. 4, p. 111.

47. Oreste Dominioni, *Imputazione...*, p. 831, afirma que o imputado se encontra na necessidade de defender-se de todas as possíveis qualificações jurídicas do fato contestado. Esta alternatividade sempre presente na classificação serve para considerar válida a denúncia que, expressamente, dá ao fato qualificação alternativa (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, *RT*, vol. 526, p. 261-268).

interesse na classificação, pelos efeitos penais e processuais que traz, e, por isso, não tem sentido deixar o juiz de ouvir o Ministério Público e o acusado antes de alterar a classificação inicial.

O fato narrado só tem valor quando ligado à norma incriminadora, só dessa forma é fato típico, sendo difícil de aceitar que a mudança na qualificação não represente diversa valoração do fato,[48] como se um fato considerado homicídio fosse da mesma forma valorado se qualificado como lesão corporal seguida de morte. Esta estreita vinculação entre o fato e a norma, faz com que o contraditório deixe de estar limitado à questão de fato, para abranger também o debate sobre a norma jurídica aplicável a uma situação substancial.[49] Justifica-se a limitação do contraditório à matéria fática pela aplicação dos brocardos *jura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi ius*, segundo os quais, dados os fatos pelas partes, incumbe ao juiz dizer do direito. Isso não exclui, contudo, a necessidade de o juiz, quando dê ao fato valoração jurídica diferente daquela debatida no processo, proporcionar às partes oportunidade de se manifestarem, evitando-se, assim, surpresa e prejuízo.

Vendo-se a questão estritamente sob o ângulo da defesa, não é verdadeira a afirmação de que ao acusado só interessa o fato, não a sua valoração jurídica, isto é, a sua qualificação.[50] Uma coisa é o réu se defender de um fato qualificado como furto e outra bem diferente se

48. Ver com essa preocupação Tommaso Rafaraci, *Le nouve...*, p. 291-304.

49. Diz Luigi Paolo Comoglio, Giurisdizione e processo..., p. 1088, que é dever do juiz provocar, por sua própria iniciativa, contraditório preventivo sobre quaisquer matérias (de rito ou de mérito, de fato ou de direito, prejudicial ou preliminar). Preocupa-se o autor em ressaltar que se pretende, na aplicação do princípio *iura novit curia*, evitar surpresa às partes. Também se referem ao contraditório em questão de direito: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, O juiz e o princípio... cit., p. 30-38, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Correlação...*, p. 31-36.

50. Parte da doutrina acentua o interesse da defesa na qualificação. É incisivo Luigi Sansò, *Correlazione tra imputazione...*, p. 308, que diz: "Bisogna poi vivere fuori della realtà per asserire che il mutamento della qualifica giuridica del fatto non può recare alcun mutamento alle possibilità di difesa dell'imputato" ("é preciso viver fora da realidade para afirmar que a mudança da qualificação jurídica do fato não pode trazer nenhuma mudança à possibilidade de defesa do imputado"). No Brasil, Weber Martins Batista, *Direito penal...*, p. 163, ressaltou: "em muitos casos haverá surpresa para o réu que, por força da interpretação dada ao fato pelo Ministério Público, defendeu-se de um crime e acabou sendo condenado

defender do mesmo fato classificado como roubo. Todo advogado sabe o quanto é difícil, atualmente, a defesa em crime de roubo, tratado por juízes e tribunais de forma bastante rigorosa, sendo comum a decretação de prisão preventiva, a negação de liberdade provisória. É bem diferente o tratamento ao autor de furto que responde normalmente em liberdade, mesmo porque o crime comporta fiança. A mudança da classificação na sentença de furto para roubo, além de elevar a pena mínima de um para quatro anos, impede a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, altera o regime, impossibilita a suspensão condicional da pena privativa.

Não se pode assim compreender como, ao proferir a sentença condenatória, possa o juiz dar livremente ao fato nova definição jurídica sem antes ouvir o acusado, quando essa alteração produza reflexos relevantes ao direito de liberdade do sentenciado. Imagine-se que, em consequência da pena agravada, o réu seja surpreendido com o fato de, agora, não mais ser possível uma pena alternativa, devendo ser recolhido ao cárcere. Vê-se, de repente, ante situação nova, não esperada, e, na maioria das vezes, sequer ventilada nos autos.

O juiz, ao determinar prévio debate sobre possível alteração da qualificação, não antecipa o julgamento do mérito, nem perde a sua imparcialidade.[51] Se assim fosse, estaria abalada a imparcialidade do juiz ou tribunal toda vez que ingressasse provisoriamente na verificação do fato e de sua qualificação, para resolver questão suscitada no processo. Quando julga em *habeas corpus* pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa, o tribunal estaria sendo afetado em sua imparcialidade, pois avançaria indevidamente na análise do mérito. O mesmo aconteceria quando houvesse necessidade de verificar a qualificação dada ao fato para resolver sobre competência em razão da matéria, como, por exemplo, a discussão em torno de o fato caracterizar homicídio, de competência do júri, ou lesão corporal seguida de morte, de competência do juízo comum.[52]

por outro". Ver ainda: Giovanni Conso e Vittorio Grevi, a cura di. (*Profili del nuovo Códice...*, p. 605).

51. Ver assim Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Correlação...*, p. 34-35, cita Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos...*

52. Hermínio Alberto Marques Porto, *Júri...*, cap. 8, "Decisão desclassificatória", n. 50, diz que, segundo entendimento jurisprudencial, se o juiz do processo do júri desclassifica o crime e remete o processo ao juízo

Aliás, segundo o art. 437, *a*, do CPPM, o Conselho de Sentença só poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, se aquela definição houver "sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la". Com esse preceito, evita-se no julgamento dos processos penais militares a surpresa para o acusado com a nova definição jurídica do fato, o que não sucede no processo penal comum por força do art. 383 do CPP.

No PL 1.655/1983 e nos que o seguiram estava previsto despacho saneador, após a defesa preliminar, no qual devia o juiz se pronunciar sobre a qualificação do fato (art. 292, parágrafo único, do Projeto), sendo o processo, nos termos do art. 293, ordenado "segundo a classificação legal do fato delituoso e o conteúdo da acusação".[53] De forma genérica, exigia-se aditamento para que o juiz pudesse dar ao fato definição jurídica diversa da que constasse do despacho saneador em prejuízo do acusado; só poderia mudar a qualificação quando fosse benéfica ao acusado (art. 356, *caput*, do Projeto). No PL 4.207/2001, da Comissão Grinover, o qual deu origem à Lei 11.719/2008, estava prevista a necessidade de, antes de ser alterada a classificação por sentença, intimar-se as partes da nova definição jurídica (art. 383, § 1.º, do Projeto). Todavia, o Projeto foi alterado, e, como antes sublinhado, não permaneceu tal exigência na redação final do art. 383 e parágrafos.

Conforme o art. 383, § 1.º, CPP o juiz, no momento da sentença, deve baixar os autos antes de alterar a classificação da denúncia ou queixa se, com a mudança, a infração permitir a suspensão condicional do processo. Indo os autos ao Promotor, poderá concordar com o juiz e oferecer proposta de suspensão condicional do processo. Aceita a proposta pelo acusado, o juiz declara a desclassificação e suspende o processo. Havendo discordância do Promotor, o juiz deve, por analogia

comum, a matéria ficará preclusa, não podendo mais ser restaurada a classificação originária, pois as partes conformaram-se com a decisão, impugnável por recurso em sentido estrito (art. 581, II, CPP).

53. Falando do Projeto, Airton Buzzo Alves, *Tipificação...*, p. 143, diz que na reforma havia preocupação "com a hipótese aliás frequente, de *tipificação expressa* em desacordo com a *imputação*, ou com *tipificação* equivocada e excessiva, que podem resultar consequências processuais de vulto à pessoa do imputado, como, por exemplo, a decretação da prisão preventiva ou a concessão da fiança. Além do que o projeto preocupou-se com a possibilidade de alteração de procedimento em face da *tipificação*".

ao art. 28 do CPP, enviar os autos ao Procurador-Geral de Justiça que poderá oferecer a proposta, designar Promotor para fazê-lo ou concordar com o Promotor. Nesta última hipótese, só restará ao juiz a alternativa de julgar a causa, sem a solução consensual.

Quando, em virtude de desclassificação, a infração se enquadra entre as de menor potencial ofensivo, pelo art. 383, § 2.°, deve o juiz encaminhar os autos ao juízo competente, ou seja, ao Juizado Especial Criminal.[54] Todavia, pode-se sustentar também que a transação seja feita no juízo da causa com fundamento em interpretação extensiva do art. 6.° da Lei 9.099/1995, e em aplicação analógica do art. 492, § 1.°, do CPP.

54. No PL 4.207/2001, da Comissão Grinover, constava do art. 383, § 4.°, que, havendo desclassificação para infração de competência do Juizado Especial Criminal, a este seriam encaminhados os autos. Na versão final do art. 383, § 2.°, CPP, resultante da Lei 11.719/2008, ficou constando, de forma genérica, que os autos devem ser remetidos ao juízo competente.

3
La regla de exclusión por ilicitud probatoria en Chile

LIONEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Profesor de Derecho procesal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMEN: Este trabajo es un estudio acerca de la regla de exclusión por ilicitud probatoria en Chile. Desarrolla las opiniones doctrinales sobre la materia, y también incluye referencias a las sentencias que aplicaron la regla de exclusión en los casos en que los derechos constitucionales fueron vulnerados. Su principal conclusión es que la regla de exclusión debe ser el resultado de un ejercicio de balance, que alcance una justa combinación entre las garantías fundamentales y las necesidades de persecución penal.

PALABRAS CLAVES: Prueba ilícita – Regla de exclusión – Principio de proporcionalidad – Excepción de buena fe – Efecto disuasivo.

ABSTRACT: This paper is an study about the exclusionary rule for illicit proof in Chile. The document analyses scholar opinions about the matter, and also includes references to judicial decisions which applied the rule in cases where constitutional rights were violated. The main conclusion is that the exclusionary rule must be the result of a balancing exercise that reach a fair combination between Human Rights and criminals prosecutions needs.

KEYWORDS: Licit proof – Exclusionary rule – Proportional principle – Good faith exception – Deterrence effect.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Modificaciones legales – 3. Prueba ilegal o irregular y prueba ilícita – 4. La regla de exclusión: las dos hipótesis legales – 5. La primera causal de exclusión: pruebas provenien-

tes de actuaciones o diligencias declaradas nulas: 5.1 En la prueba anticipada; 5.2 En la declaración judicial del imputado como medio de defensa; 5.3 En el improcedente, defectuoso o vicioso otorgamiento de autorizaciones judiciales para la práctica de diligencias intrusivas: 5.3.1 La autorización u orden es, en términos generales, legalmente improcedente; 5.3.2 La autorización u orden es en principio legalmente procedente, pero no se ha cumplido con algún trámite exigido por la ley para su otorgamiento; 5.3.3 La autorización u orden concedida es inobjetable desde un punto de vista formal, pero la voluntad del juez está viciada por coacción o por error; 5.4 La autorización u orden es formalmente inobjetable y exenta de vicio, pero no concurren los supuestos materiales del caso concreto, lo que permite estimarla como arbitraria o abusiva – 6. El principio de la trascendencia o del perjuicio en la nulidad y la prueba ilícita – 7. La segunda causal de exclusión: pruebas que hubieren sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales: 7.1 En cuanto a la infracción al deber general de registro de las actuaciones de investigación (artículo 227 del CPP) y el derecho de defensa; 7.2 En cuanto a la previa autorización judicial para el uso en la investigación de fotografías, filmaciones u otros medios de reproducción de imágenes; 7.3 En cuanto al defectuoso empleo de actas para el ingreso domiciliario; 7.4 En cuanto a la vulneración del derecho de propiedad sobre objetos incautados en el contexto de un hallazgo casual; 7.5 En el defectuoso tratamiento de la evidencia – 8. Efectos de la ineficacia de la prueba ilícita – 9. Excepciones a la ineficacia de la prueba ilícita: 9.1 Excepciones a la regla de exclusión probatoria: 9.1.1 La prueba de descargo; 9.1.2 La excepción de buena fe; 9.1.3 Actuaciones exclusivamente privadas; 9.2 Excepciones a la exclusión de la prueba derivada: 9.2.1 La excepción de la fuente independiente; 9.2.2 La excepción del descubrimiento inevitable; 9.2.3 La excepción del vínculo atenuado; 9.2.4 La excepción de conexión de antijuricidad – 10. Conclusiones.

1. Introducción

A diferencia de la experiencia española, cuyo Tribunal Constitucional se anticipó por vía jurisprudencial al establecimiento legal de la regla de exclusión por ilicitud probatoria,[1] o de lo ocurrido en Alemania,

1. La sentencia del Tribunal Constitucional Español que sirve de punto de partida a la teoría de la exclusión de la prueba ilícita en ése país es la 114/1984, de 29 de noviembre de 1984 (RTC 1984, 114), y es anterior en algunos meses a la introducción por la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, de la regla contenida en el artículo 11.1, el cual establece que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas las pruebas

cuyo Tribunal Supremo, en ausencia de una regla general de exclusión, dio origen hace varias décadas a una compleja teoría de prohibición de valoraciones de prueba,[2] en Chile, la prueba ilícita es un fenómeno surgido de la voluntad de la ley y es de reciente data.

El establecimiento de la verdad material fue, hasta la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en el año 2000, uno de los objetivos primordiales del antiguo Código de Procedimiento Penal (1907-2000); y en dicha labor, ejercida sin contrapesos por el juez del crimen, en el marco de un sistema de enjuiciamiento penal marcadamente inquisitivo, la idea de una regla de exclusión por ilicitud de prueba era completamente desconocida.[3]

La causa de que por tanto tiempo fuera entre nosotros desconocida la idea de una prueba ilícita debe verse en nuestro propio desarrollo constitucional, ya que el Código de Procedimiento Penal fue promulgado bajo el imperio de la Constitución de 1833, y conservó su estructura inquisitiva luego de la entrada vigencia de la Constitución de 1925, sin que ninguna de dichas Constituciones (1833-1925) contuviera alguna previsión sobre la necesidad de un debido proceso legal, al menos con el significado sustantivo que contemporáneamente tiene asignado dicho instituto.

Fue sólo con la Constitución de 1980 que la existencia de un debido proceso legal alcanzó rango constitucional, fórmula que nuestra

obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

2. La expresión "prohibiciones de prueba", la acuñó originalmente Ernesto Beling, en su obra *Las prohibiciones de prueba como límites de la instigación de la verdad en el proceso penal*, publicada en 1903; sin embargo, como explica Boffil, el tema no prendió en Alemania ni en el resto de Europa continental, hasta mucho después, específicamente hasta que en 1966 se le trató como objeto central de estudios del Centro de Juristas Alemanes de ese año. Cfr. La prueba en el proceso penal, en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCI, n. 1, 1994, p. 27.

3. Fue Boffil quien entre nosotros llamó por primera vez la atención sobre las limitaciones que las garantías constitucionales imponen a las facultades inquisitivas del juez del crimen, dependiendo de su la observancia la eficacia del material probatorio recogido durante la instrucción sumaria, cfr Boffil G., J. *Las prohibiciones de prueba en el proceso penal*, en la *Revista de Derecho de la Universidad Católica*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, XII, 1988, Valparaíso, p. 225.

Carta fundamental tradujo en los siguientes términos: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos" (art. 19 n. 3, inciso 5.º).

Con la reforma constitucional de 1989, la regulación constitucional protectora de las garantías de un debido proceso alcanzó su máxima expresión, al introducirse un inciso 2.º al artículo 5.º de la carta fundamental, con arreglo al cual : "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

En consecuencia, la regla de exclusión de pruebas obtenidas con infracción de garantías fundamentales, hoy consagrada en el artículo 276 del Código Procesal Penal, es el resultado de una larga evolución constitucional que no sólo determinó el tránsito de un sistema inquisitivo a otro acusatorio de enjuiciamiento criminal, sino también el perfeccionamiento del mecanismo de protección de las garantías fundamentales, al trascender a los tratados internacionales que reconocen tales derechos, quedando por añadidura sujetas las actuaciones estatales que los infrinjan a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[4]

En el plano interno, puede sostenerse que el control jurisdiccional de la eventual infracción de garantías fundamentales en la obtención o valoración de pruebas, tiene carácter difuso y escalonado.

Es difuso porque no está concentrado en un solo tribunal, sino en tres órganos diversos: el tribunal de garantía, el tribunal de juicio oral en lo penal y la Corte Suprema de Justicia. Es escalonado, porque

4. Sobre este punto, muy expresivamente, Nogueira Alcalá sostiene que a la Corte Interamericana corresponde una función nomofiláctica en materia de derechos humanos y el juez nacional, al resolver los casos específicos de los cuales conoce en el ámbito de su competencia, debe realizar la interpretación de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Cfr. *El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano. Doctrina y Jurisprudencia*, Librotecnia, Santiago, 2006, p. 14.

el primero de los tribunales no sólo interviene en la fase intermedia en que tiene lugar el debate probatorio del que puede resultar la exclusión de las pruebas obtenidas con infracción de garantías fundamentales, sino que además tiene competencia para otorgar las autorizaciones judiciales habilitantes para la práctica de diligencias que priven, restrinjan o perturben derechos o garantías reconocidas por la Constitución o las leyes (art. 9 CPP). Por su lado, los tribunales de juicio oral en lo penal, pese a carecer de atribuciones para excluir las pruebas previamente admitidas por el tribunal de garantía en la fase intermedia, han estimado que el carácter interlocutorio de la resolución que dicta dicho tribunal autorizando su rendición en la fase de juicio, no les impide abstenerse de valorar aquellas pruebas que vulneren garantías fundamentales, ejerciendo con ello un segundo control sobre la prueba ilícita.[5] Por último, la Corte Suprema de Justicia, quien comparte junto con las Cortes de Apelaciones el conocimiento y fallo del recurso de nulidad, tiene reservada para sí la competencia exclusiva para resolver de las infracciones que, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, hayan implicado vulneración de los derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art. 373, letra a) del CPP).

El mérito de nuestra evolución en el tratamiento de la prueba ilícita, como se demuestra en los párrafos siguientes, es que pese a ser una figura novedosa, con menos de una década de vigencia entre nosotros, hemos sabido recoger la experiencia doctrinaria y jurisprudencial de otros ordenamientos, acercándonos a la madurez que el instituto ha alcanzado en otras latitudes, en las que un justo equilibrio entre las necesidades de

5. En abono de este segundo control, que redunda en la no valoración de la prueba que adolece de ilicitud probatoria, se ha resuelto que "es en la audiencia de juicio oral, en este caso ante el Tribunal Oral en lo Penal, que se rinde la prueba y esta es recibida de manera directa, inmediata y completa por los juzgadores, sometiéndose esta al examen y contra examen de las partes, de forma que es posible que solo en este momento se manifieste el vicio de que adolece una determinada prueba, a diferencia de lo que sucede ante el Juez de Garantía quien resuelve los planteamientos que sobre la prueba que puedan efectuarse con una información de los antecedentes de la investigación intermediada por los intervinientes, Fiscal y Defensor básicamente, sin posibilidad de un mayor control de esta en cuanto a su calidad e integridad, por ende, con una información parcial y de menor calidad... ". Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Valparaíso, 20 de julio de 2006, Rit 94-2006, Ruc 0500531831-0.

investigación y el respecto de las garantías fundamentales, ha llevado al desarrollo del principio de proporcionalidad, que limita la severidad de la regla de exclusión a las hipótesis en que la vulneración afecta el derecho en su esencia, *de suerte que el defecto entrabe, limite o elimine el derecho preterido*, como ha sostenido nuestra Corte Suprema.[6]

2. Modificaciones legales

Una somera referencia a las modificaciones legales concernientes al estatuto legal de la prueba ilícita parece indispensable antes de adentrarse en su estudio particular.

Sobre esta materia digamos que, desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, el 16 de diciembre de 2000, la regla de exclusión por ilicitud probatoria, contemplada en el artículo 276 del señalado Código, se ha mantenido inalterable.

Sin embargo, aunque la regla de exclusión no haya experimentado variaciones, la Ley 20.074, publicada el 14 de noviembre de 2005, y la Ley 20.253, publicada el 14 de marzo de 2008, han introducido modificaciones que conciernen a los efectos de la aplicación de la regla de exclusión y a las repercusiones que en ella tiene la declaración de ilegalidad de la detención.

En efecto, el artículo 1°, número 30, de la Ley 20.074 introdujo un inciso final al artículo 276 del Código Procesal Penal, norma conforme a la cual "si se excluyeren, por sentencia firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considerare esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez competente, el que la decretará en audiencia convocada al efecto."

Siendo el Ministerio Público el único legitimado para recurrir, por vía de apelación, de la sentencia del tribunal de garantía que excluya las pruebas que provengan de actuaciones o diligencias declaradas nulas o que hubieran sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales, la norma transcrita vino a llenar un vacío existente en nuestra legislación frente al escenario que la Corte de Apelaciones respectiva confirmara la exclusión resuelta por el tribunal inferior, dejando con ello al acusador eventualmente desprovisto de prueba de cargo esencial para sustentar la

6. Vid. *infra*, VI.

acusación, haciendo con ello ilusorio alcanzar veredicto condenatorio ante el tribunal de juicio oral.

Si bien la norma tiene un sentido práctico incuestionable, es censurable que, frente a la misma hipótesis de exclusión de prueba de cargo esencial para la acusación, no dejara a salvo la posibilidad del Ministerio Público de no perseverar en la investigación, atribución ésta última cuya adopción por el encargado de la persecución penal no genera efecto de cosa juzgada, y le permite retomar el enjuiciamiento ante la aparición de nuevas pruebas exentas de ilicitud.

La segunda modificación al régimen de la prueba ilícita la introdujo el artículo 1° de la Ley 20.253, intercalando dos incisos nuevos al artículo 132 del Código Procesal Penal, quedando el tercero de ellos redactado, en su última parte, de este modo: "La declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente de conformidad con lo previsto en el artículo 276".

A nuestro entender, la norma transcrita es del todo superflua, pues ninguna eficacia puede atribuirse, siquiera de modo reflejo, a la decisión que exclusivamente se pronuncia sobre la incorrección del procedimiento de detención del imputado, con el debate que ulteriormente recaerá sobre la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas con motivo de la detención del mismo imputado, materias estas últimas que no quedan cubiertas por la *res iudicata* de la resolución que declara la ilegalidad de la detención, aunque con frecuencia se las encuentre mencionadas entre los considerandos o motivaciones de la resolución que declara ilegal la detención.[7] Lo dicho, empero, no obsta a que si la detención es consecuencia de una resolución judicial, la declaración de ilegalidad de ésta última suscite luego un incidente de nulidad de la actuación judicial respectiva, de cuyo acogimiento dependerá también la exclusión de las pruebas que provengan de la actuación declarada nula,

7. Los considerandos de una sentencia, ni siquiera aquellos que se consideran resolutivos, quedan cubiertos por la cosa juzgada, por lo tanto, nada impide que los hechos que sirven de base a una sentencia vuelvan a ser objeto de un debate ulterior, por el mismo o por otro tribunal. Cfr TAVOLARI OLIVEROS, Límites objetivos de la cosa juzgada civil (intento de delimitar la cuestión en el derecho chileno), en *El Proceso en Acción*, Santiago, Libromar, 2000, p. 212 y ss.

con arreglo a lo previsto en la primera parte del artículo 276 del Código Procesal Penal.[8]

3. Prueba ilegal o irregular y prueba ilícita

Acotar conceptualmente la prueba ilícita no es una cuestión que revista un interés simplemente teórico; al contrario, tiene una trascendencia eminentemente práctica, ya que de ello depende no sólo el ámbito de aplicación de la regla de exclusión, sino también el eventual acogimiento del recurso de nulidad.

La prueba ilícita es una prueba que contraviene o quebranta garantías fundamentales. No se trata, en rigor, de una prueba inconstitucional; pues, como bien dicen Díaz y Martín, constitucionalidad y fundamentalidad no son términos coextensos.[9] Quiere con esto decirse que hay más garantías fundamentales fuera del texto de la Constitución, siendo esto consecuencia de la inevitable existencia de normas legales encargadas de desarrollar la Carta magna (art. 19 n. 26 CPR). Esto último es especialmente manifiesto en el caso de las garantías de carácter procesal, ya que el constituyente impuso al legislador establecer *siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos (art. 19 n. 3 inc 5.º CPR)*. De lo dicho también se sigue que la prueba ilícita no es una prueba que infrinja la mera legalidad ordinaria, ya que no toda ella está compuesta por garantías fundamentales, siendo labor judicial no sólo identificarlas, sino también determinar cuándo resultan en concreto infringidas por las actuaciones de los encargados de la persecución penal. En consecuencia, allí donde se infrinja una garantía fundamental, con independencia de la jerarquía constitucional o legal del precepto que la contemple o desarrolle, habrá también prueba ilícita.[10]

8. La primera parte de al regla de exclusión nacional reza así "... el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas ...", art. 276 CPP.

9. Cfr. Díaz Cabiale y Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 65.

10. Así piensa Ada Pellegrini Grinover, quien, al definir la prueba ilícita dice: "Por prueba ilícita, en sentido estricto, indicaremos, por lo tanto, la prueba obtenida infringiéndose normas o principios establecidos por la Constitución y por las leyes, frecuente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación que el derecho de la intimidad", cfr. Pellegrini Grinover, Scarance Fernández y

Ahora bien, cuando la prueba se obtiene o produce con infracción de la simple legalidad ordinaria, sin compromiso de alguna garantía fundamental, o mejor, *sin afectar el derecho en su esencia*, para usar en esto la terminología que emplea el artículo 19 n. 26 de la CPR, como cuando, tratándose de la inviolabilidad del domicilio, se omite extender las actas de ingreso a un recinto cerrado en que el propietario o encargado ha autorizado voluntariamente el acceso a la policía, o cuando, tratándose de la entrega de evidencia, se incurre en igual omisión respecto del que voluntariamente hace la entrega; o bien, cuando pese a renunciar voluntaria e informadamente a su derecho a guardar silencio, no haya constancia de la lectura de los derechos al imputado, la prueba será simplemente ilegal o irregular, mas no ilícita, lo que impedirá la aplicación de la regla de exclusión y, en su caso. la nulidad del juicio y de la sentencia, por acogimiento del recurso de nulidad.

Distintos fundamentos sustentan la distinción entre prueba ilegal y prueba ilícita. Se dice, en vista de la naturaleza de los preceptos infringidos, que la primera especie de prueba vulnera una norma de carácter simplemente procesal, esto es, *una prueba que vela por el interés de la lógica y finalidad del proceso,* a diferencia de la prueba ilícita, *que es consecuencia de la violación de una norma sustancial, es decir, una norma que establece los derechos fundamentales que el ordenamiento procesal reconoce al individuo.*[11] Desde otro ángulo, y ahora en vista de la interacción de las garantías fundamentales entre sí, se afirma que no existen derechos absolutos, y que cada garantía debe ser interpretada en su relación con otros derechos o garantías, y si bien las garantías fundamentales representan un límite a la persecución penal, no puede olvidarse que el establecimiento de la verdad material, como acertadamente dice Gálvez Muñoz en España, es *un bien jurídico constitucionalmente protegido,*[12] afirmación que es igualmente válida entre nosotros, para lo cual basta tener en cuenta no sólo la función investigadora asignada constitucionalmente al Ministerio Público, sino también, y más expresivamente, que la propia

MAGALHAES GOMES FILHO, *As nulidades no processo penal*, Ed. RT, San Pablo, 1999, p. 131.

11. Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, Testimonio de oídas v/s garantismo, en *Instituciones del Nuevo Proceso Penal,* Editorial Jurídica, Santiago, 2005, p. 171.

12. GÁLVEZ MUÑOZ, LUIS, *La ineficacia de la prueba obtenida con infracción de los derechos fundamentales,* Thomson /Aranzandi, Madrid, 2006, p. 84.

carta fundamental reconozca al éxito de las diligencias de investigación como necesidad cautelar suficiente para justificar la prisión preventiva (art. 19 n. 7 letra e) CPR).

Hay entonces, en regulación de las garantías fundamentales, elementos esenciales y no esenciales, dependiendo exclusivamente de la vulneración de los primeros la aplicación de la regla de exclusión; no así los segundos, cuya infracción redundará normalmente en el surgimiento de responsabilidades administrativas o civiles,[13] y muy excepcionalmente en la nulidad de la actuación, supuesto que, tratándose de actuaciones judiciales, se genere indefensión para el interviniente afectado por la actuación defectuosa.

4. La regla de exclusión: las dos hipótesis legales

La regla de exclusión se encuentra contemplada en el inciso 3.° del artículo 276 del Código Procesal Penal, en los siguientes términos: "Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales".

La norma transcrita suscita como observación inicial que la regla de exclusión se aplica por igual a dos hipótesis diversas, que en otros ordenamientos se mantienen por separado:[14] una de ellas consiste en pruebas que provengan de actuaciones o diligencias declaradas nulas, y la otra, a pruebas que hubieren sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales.

Dado que no existen antecedentes sobre los motivos que tuvo el legislador para instituir dos causales distintas para la exclusión de la prueba ilícita, la doctrina se ha preguntado sobre la relación existente entre una y otra.

13. Manifestación de lo cual es lo establecido en el artículo 136 del Código Procesal Penal, norma que ante la falta de lectura de derechos ordena remitir oficio a la autoridad competente con el objeto de la aplicación de sanciones disciplinarias.

14. Es el caso Español, cuya Ley Orgánica del Poder Judicial destina exclusivamente su artículo 11. 1 a la regla de exclusión por ilicitud probatoria, mientras que el artículo 283.3, del mismo cuerpo legal, se ocupa de la nulidad.

En torno a este punto se ha dicho que entre ambas hipótesis no es posible establecer una relación de género a especie, donde el género lo represente la vulneración de las garantías fundamentales, del cual el origen en una actuación nula no sea más que una especie, ya que una y otra causal carecen de un denominador común, lo que impide darles un tratamiento unitario.[15] En abono de este planeamiento se argumenta que la nulidad, a diferencia de la causal fundada en la infracción de garantías fundamentales, puede alcanzar a la simple legalidad ordinaria, sea o no esta última proyección de una garantía fundamental, cumpliendo la ley, en el primer caso, la función de desarrollar u objetivar el contenido abstracto y general de la garantía concebida a nivel constitucional, o bien hipótesis de prueba simplemente ilegal o irregular, en el segundo.[16]

Por ende, conforme al planteamiento anterior, si alguna relación existe entre dos las causales que conducen a la exclusión de prueba en el sistema procesal penal chileno, esta no sería de género a especie, sino de complementariedad entre sí.

Por nuestra parte, y contra el postulado que acaba de exponerse, estimamos que entre la causal de exclusión fundada en la infracción de garantías fundamentales y la nulidad existe siempre una relación de género a especie. Pensamos de este modo porque la condición de acogimiento de la nulidad será en todo caso la afectación del derecho a defensa, la vulneración principio contradictorio o de audiencia, garantía que indiscutiblemente habremos de matricular dentro de los elementos *de un procedimiento racional y justo* (art 19 n. 3 inc 5.° CPR), de modo que cualquier exclusión de prueba que tenga su antecedente en la nulidad supondrá siempre la infracción de una garantía fundamental, idéntica en todos los casos, que el artículo 159 del Código Procesal Penal define

15. Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas, n. 2, Santiago, 2002, p. 44.

16. La lógica de la admisibilidad probatoria, dice López Masle, se traicionaría a sí misma si, fundada en el alcance constitucional de la prueba ilícita, se viera en la obligación de reconocer valor o eficacia a la prueba simplemente ilegal o irregular, siendo a su juicio perfectamente compatibles entre sí esta doble manera de entender a la legalidad ordinaria como antecedente de la regla de exclusión probatoria, reclamada por vía del incidente de nulidad, cfr. HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 190-191.

como: la afectación de las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.[17]

Coincidimos en que el precepto directamente infringido podrá tener origen constitucional o legal, sea o no éste último proyección de una garantía fundamental, pero en cualquier caso, incluso en el primero, si no hay perjuicio, entendido como indefensión, no habrá nulidad.

De este modo, el perjuicio sería para la nulidad, lo que el principio de proporcionalidad es para las garantías fundamentales de carácter no procesal, comportándose uno y otro parámetro como límites a la regla de exclusión, manteniéndose con ello un justo equilibrio entre el respecto a las garantías fundamentales y el establecimiento de la verdad material, ambos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

5. La primera causal de exclusión: pruebas provenientes de actuaciones o diligencias declaradas nulas

La nulidad procesal es una sanción para las actuaciones del procedimiento practicadas de modo irregular, o con apartamiento del modelo legal previsto para su ejecución, que irroguen perjuicio al litigante, entendido este último como indefensión.

Las condiciones de procedencia del incidente de nulidad están establecidas en el artículo 159 del CPP en los siguientes términos: "Sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervenientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento".

Se critica que la nulidad procesal sólo alcance a las actuaciones judiciales defectuosas del procedimiento y no a las actuaciones efectuadas por la policía o incluso por el propio Ministerio Público, ya que la distribución de competencias investigativas hace recaer precisamente en estos últimos y no en los jueces la recolección del mate-

17. Invirtiendo la relación entre ambas causales, otros han estimado que la indefensión es en verdad el género, ya que ésta es el último fundamento de todos los derechos fundamentales. El propio Tribunal Constitucional Español así lo ha resuelto al considerar que todos los problemas que se plantean con este tema *se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión* (STC 21 de mayo de 1986), cfr De Urbano Castrillo y Torres Morato, *La prueba ilícita penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 38.

rial probatorio. Por lo mismo, como dice Hernández Basualto, "aun cuando existan importantes actuaciones judiciales susceptibles de ser declaradas nulas, la vinculación entre ellas y la obtención de prueba ilícita y, con ello, las posibilidades de exclusión de prueba en esta sede, será relativamente excepcional";[18] en consecuencia, en el plano de la común ocurrencia de las cosas, serán los órganos de la persecución penal, y no los jueces, los más expuestos a incurrir en inobservancia de garantías fundamentales en sus labores de recopilación de fuentes de prueba, no alcanzándoles a ellos la nulidad como sanción procesal ya que ésta se encuentra referida a las actuaciones o diligencias *judiciales* defectuosas del procedimiento, cualidad que no tienen los actos del Ministerio Público y sus auxiliares.[19]

Estimándose por los legisladores que la nulidad está concebida para reprimir el erróneo o defectuoso proceder, es decir, por el actuar que infringe el rito procesal causando perjuicio al litigante, se creyó que dicha sanción sería conceptualmente improcedente respecto de las actuaciones del Ministerio Público, ya que las diligencias de investigación no están sujetas a mayores formalidades. Si bien esta última afirmación puede resultar cierta respecto de aquellas diligencias de investigación que no afectan derechos o garantías reconocidas al imputado o a terceros por la Constitución o la leyes; no lo es, sin embargo, respecto de las llamadas diligencias intrusivas, es decir, aquellas que tienen la eficacia de privar, restringir o perturbar dichas garantías, todas las cuales requieren desde luego autorización judicial previa para cumplirse o ejecutarse (art. 9 del CPP), salvo los casos de flagrancia,[20] quedando en todo caso sometidas a un conjunto de solemnidades legales para llevarlas a cabo y de las cuales depende directamente su validez.

Que la afectación de las garantías del imputado o de terceros quede sujeta a autorización judicial y a la observancia de formalidades legales,

18. Cfr. HERNÁNDEZ, cit., p. 45.

19. El artículo 83 de la Constitución Política de la República y el artículo 1.° de la Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Publico, niegan a los fiscales las facultades de ejercer funciones jurisdiccionales.

20. En hipótesis de flagrancia, y sin previa autorización judicial, la policía puede ingresar a lugar cerrado mueble o inmueble para practicar la detención (art. 129 inc 5° CPP); puede registrar vestimentas, equipaje o vehículo del detenido(art. 89 CPP); y puede incautar evidencia (art. 187 inc. 2.° CPP).

es una clara manifestación del cumplimiento por parte del legislador del mandato dado por el constituyente en cuanto a "establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"[21] y es también un modo como el constituyente se asegura "que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

En consecuencia, la objeción conceptual que se tuvo vista para restringir la nulidad sólo a las actuaciones judiciales y no a las desplegadas por el Ministerio Público y sus auxiliares policiales en la investigación, carece de sustento, y sus consecuencias redundan en el subempleo de la nulidad como instrumento eficaz para la exclusión de la prueba ilícita.

Pese a lo dicho, y aunque las condiciones de procedencia del incidente de nulidad se comporten como un severo límite al ámbito de aplicación del que pudo ser uno de los mejores correctivos a la prueba obtenida por medios ilícitos, es posible identificar ciertas hipótesis en que la nulidad, hecha valer por vía incidental, es un medio apto para excluir prueba ilícita, como se demuestra en los casos que tratamos enseguida.[22]

21. El término "derechos y garantías de un procedimiento racional y justo", es la fórmula escogida por el legislador nacional para hacer referencia a lo que en otras latitudes se conoce como "debido proceso"; expresión ésta en que el calificativo "debido" huelga en razón del contenido inherente a todo proceso, hoy reconocido unánimemente, tras largos años de desarrollo dogmático. Crf Tavolari Oliveros, Oliveros, *El proceso civil chileno: lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma*, en *Comentarios Procesales*, Edeval, Valparaíso, 1994, p. 90.

22. Aunque la detención por flagrancia no es una actuación judicial, se ha estimado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en fallo de mayoría pronunciado el 22 de agosto de 2006, Rol 890-2006, que "las pruebas que se deriven de otra nula –como lo fue la detención– son también nulas", aplicando con ello el régimen de la nulidad procesal para hacer lugar a la exclusión de prueba ilícita. Por su lado, la Corte Suprema, ha resuelto que si la detención es ilegal, no por ello deben excluirse las pruebas obtenidas del ingreso domiciliario lícito, ya que: "(...) conforme a la hipótesis primera del inciso tercero del artículo 276 del Estatuto Procesal Penal, para comunicar el efecto invalidante del acto declarado nulo se requiere que las actuaciones o diligencias posteriores sean una consecuencia de

Siguiendo en esta parte los ejemplos propuestos por la doctrina,[23] la nulidad puede ser el antecedente de la exclusión del material probatorio en los siguientes casos:

5.1 En la prueba anticipada

Haciendo excepción a la regla general, según la cual toda la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia "deberá rendirse durante la audiencia de juicio oral" (artículo 296 del CPP), la ley permite rendir prueba de testigos y de peritos antes del juicio oral (artículo 280 del CPP), cuando unos u otros estuvieren expuestos a algún impedimento que obstaculice su declaración en el juicio oral, regla que también se aplica a los menores de 18 años de edad que fueren víctimas de delitos que afecten la esfera de su indemnidad sexual, en la medida que las circunstancias personales y emocionales del menor aconsejen proceder de este modo anticipado (art. 191 bis inc 1.° del CPP).[24]

La prueba anticipada de testigos y peritos se rendirá en audiencia especialmente convocada al efecto (art. 280 inc 4.°), y a ella serán citadas todas las personas que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en él (art. 191 inciso 3.° CPP). Cumplido el trámite de la formalización de la investigación (art. 230 inc 2.° CPP), la audiencia de prueba anticipada podrá llevarse a cabo antes de la audiencia de preparación de juicio oral, o incluso después de ella, pero antes del juicio oral (art. 280 inc 2.° CPC).

Pues bien, los testigos y peritos cuyas declaraciones o explicaciones fueron vertidas en la audiencia de prueba anticipada, serán excluidos del auto de apertura del juicio oral, o quedarán impedidos

aquél (...)", con lo que, nuevamente, si bien de un modo implícito, vuelve aplicarse el régimen de la nulidad en hipótesis que, como la detención flagrante, no pueden reputarse como actuaciones o diligencias judiciales. Cfr. considerandos octavo, noveno y décimo del pronunciado con fecha 28 de julio de 2008, Rol 2521-2008.

23. Cfr, HERNÁNDEZ, cit., p. 46 y ss.

24. La anticipación de prueba testimonial para menores de edad es obra de la reciente modificación introducida al Código Procesal Penal por la Ley 20.253, publicada en el Diario Oficial de 28 de marzo de 2008; y tanto en este caso, como en las restantes hipótesis de prueba anticipada, se hará necesario recibir la declaración ante el tribunal del juicio oral, si cambiaren las circunstancias que llevaron a la anticipación de prueba.

de declarar en este último, según el caso, si por vía incidental llegara a declararse la nulidad de la audiencia de prueba anticipada, en razón de haberse efectuado dicha *actuación judicial* de modo *defectuoso*. Los defectos que pueden conducir a la nulidad pueden consistir en haberse llevado a cabo la audiencia sin previa formalización (art. 230 inc 2.° CPP), o bien sin previa citación de los intervinientes que tenían derecho a asistir a ella (art. 191 inc 3.° CPP), o en ausencia del imputado o su defensor (art. 103, 286 y 374, letra b) todos del CPP), o con infracción de las facultades que la ley reconoce a los intervinientes para participar en la audiencia (art. 191 inc 3.° y art. 374 letra c) ambos del CPP), o por haberse delegado en empleados subalternos la realización de actuaciones en que la ley requiere la intervención del juez (art. 35 CPP), o incluso por haberse decretado la diligencia sin darse los supuestos de impedimento (art. 191 inc 2.° CPP) o de procedencia que autorizan la diligencia (art. 191 bis CPP).

5.2 En la declaración judicial del imputado como medio de defensa

La ley reconoce al imputado el derecho a prestar declaración judicial durante todo el procedimiento como medio de defensa de la imputación que se dirigiere en su contra (art. 98 inc 1.° CPP). El trámite se cumple previa citación de todos los intervinientes (art. 98 inc 2.° CPP), no pudiendo recibirse la declaración del imputado bajo juramento (art. 98 inc 3.° CPP).

En este caso, la nulidad de la audiencia en que se reciba la declaración del imputado, que puede emplearse en juicio oral como medio probatorio en su contra,[25] podrá sobrevenir por la falta de citación de los intervinientes con derecho a asistir a ella, o por venir antecedida de juramento de su parte, o por restringir su derecho o el de su defensor a intervenir en la audiencia (art. 8.° y 104 del CPP).

La incorporación al juicio oral de la declaración del imputado se hará por la vía de escuchar el audio con la grabación de ésa declara-

25. En opinión de Cristián Riego y Mauricio Duce, si el imputado renuncia a su derecho a guardar silencio en la etapa de juicio, sus declaraciones anteriores podrán utilizarse sólo como medio para refrescar memoria o superar contradicciones, mas no como un sustituto o reemplazo de la declaración dada directa e inmediatamente ante el tribunal de juicio oral, esto último sólo sería posible si el imputado ejerciera el derecho a guardar silencio. Cfr. *Proceso Penal*, Editorial Jurídica, Santiago, 2007, p. 471.

ción, previo ofrecimiento del medio en la audiencia de preparación de juicio oral.

5.3 En el improcedente, defectuoso o vicioso otorgamiento de autorizaciones judiciales para la práctica de diligencias intrusivas

Conforme al artículo 9.° del Código Procesal Penal, toda actuación del procedimiento que prive, restrinja o perturbe los derechos o garantías que la Constitución o las leyes reconocen al imputado o terceros, requieren autorización judicial previa para ejecutarse. Esta autorización judicial se traducirá en una resolución que emanará del juez de garantía que, en casos de urgencia, puede solicitarse y concederse por vías informales tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro medio.

Concedida la autorización judicial, su ejecución puede redundar en la obtención de importante material probatorio susceptible de ser invocado en contra del imputado en el juicio oral, pero la resolución que habilita la práctica de diligencias intrusivas puede adolecer de vicios que conduzcan a su anulación y con ello a la exclusión de las pruebas que se consigan por su intermedio.

Pese a lo dicho, y aunque el incidente de nulidad se presenta como un medio para declarar de la ineficacia de *actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento*, una parte de la doctrina estima que la autorización u orden judicial dada para la práctica de una medida intrusiva no puede ser objeto de un incidente de nulidad, ya que, por un lado, la ley hace aplicable la nulidad a las *actuaciones o diligencias judiciales,* y no a las resoluciones judiciales, condición que tiene la que habilita la practica de diligencias intrusivas; y, por otro, son los recursos y no la nulidad el medio concebido para impugnar resoluciones judiciales.[26]

No compartimos el predicamento anterior. En efecto, no hay razones para que las resoluciones judiciales no formen parte de las llamadas *actuaciones o diligencias judiciales*. A nuestro juicio, dicha expresión la utilizó el legislador precisamente con un propósito omnicomprensivo e inspirado en la idea de captar toda emanación judicial formalmente defectuosa, sea o no una resolución judicial. Tampoco es efectivo que el incidente de nulidad sea improcedente en contra de resoluciones judiciales. Nunca ha

26. Cfr, HORVITZ y LÓPEZ, cit., p. 299.

existido una limitación conceptual de ése tipo en el ámbito civil[27] y no se ve razón para imponerla en el ámbito penal. Si la ley hubiese marginado las resoluciones del incidente de nulidad, no se ve razón por la cual el inciso 4° del artículo 165 del Código Procesal Penal establece que "la solicitud de nulidad constituirá preparación suficiente del recurso de nulidad para el caso que el tribunal no resolviere la cuestión de conformidad a lo solicitado". Cosa muy distinta, sin embargo, es que el incidente de nulidad, concebido para corregir la *inobservancia de las formas procesales* (art. 159 inc 1.° CPP), es decir, para subsanar el error *in procedendo*, se utilice para corregir la injusticia del fallo, o sea, el error *in iudicando*.

En suma, la nulidad es una sanción aplicable a los actos procesales que se distancian del modelo legal previsto para su ejecución, a consecuencia de lo cual se deteriora o suprime la garantía que la forma procesal intenta preservar, ritualidad que no es ajena a la resoluciones judiciales; de allí que también ellas sean susceptibles de esta sanción, promovida por vía incidental contra sentencias que no tengan el carácter de definitiva, e incluso contra ésta última, por vía del recurso de nulidad.

Afirmada entonces la completa procedencia del incidente de nulidad contra resoluciones judiciales, la doctrina ha propuesto las siguientes hipótesis como eventuales defectos que podrían afectar a la resolución que habilita la ejecución de diligencias de tipo intrusivo, y con ello a la exclusión del material probatorio obtenido por su conducto:[28]

5.3.1 La autorización u orden es, en términos generales, legalmente improcedente

Se ha propuesto como ejemplo que la autorización u orden permita la incautación de objetos o documentos que la ley prohíbe, o bien, que se autorice la interceptación de comunicaciones telefónicas respecto de hechos que no constituyan crímenes.

5.3.2 La autorización u orden es en principio legalmente procedente, pero no se ha cumplido con algún trámite exigido por la ley para su otorgamiento

En la línea de la omisión de requisitos previos al otorgamiento de la autorización judicial para la práctica de diligencias intrusivas,

27. Prueba de lo cual son los artículos 82 y 84 del Código de Procedimiento Civil, normas que hacen de las resoluciones judiciales el objeto principal de la nulidad procesal declarada de oficio o a instancia de parte.

28. HERNÁNDEZ H, cit., p. 46.

conocemos de un fallo, pronunciado por la Corte de Apelaciones de Rancagua, que recuerda la importancia de la formalización de la investigación como condición general para decretar las autorizaciones a las que hace referencia el artículo 9 del Código Procesal Penal (art. 230 inc 2.° CPP), de suerte que, no encontrándonos en la hipótesis excepcional del artículo 236 del mismo Código, es decir, cuando el éxito de la diligencia dependa de un actuar sigiloso o sin previa formalización, la omisión de este trámite acarrea la nulidad de la autorización que permite la diligencia intrusiva, y con ello la exclusión de las pruebas que se obtengan por esa vía.[29]

5.3.3 La autorización u orden concedida es inobjetable desde un punto de vista formal, pero la voluntad del juez está viciada por coacción o por error

5.4 La autorización u orden es formalmente inobjetable y exenta de vicio, pero no concurren los supuestos materiales del caso concreto, lo que permite estimarla como arbitraria o abusiva

6. El principio de la trascendencia o del perjuicio en la nulidad y la prueba ilícita

Uno de los principios rectores de la nulidad es el de la trascendencia del vicio o defecto que aqueja al acto anulable, el cual debe traducirse

29. En lo pertinente, la Corte sostuvo que "el artículo 230 inciso segundo CPP establece un requisito de procedencia de actuaciones, de forma tal que si el fiscal no formaliza su investigación, la autorización judicial para practicar la diligencia de que se trate debería serle denegada por el juez de garantía. Esa es la sanción, y no otra. Y si el tribunal accede a las diligencias y éstas se practican sin que haya precedido la formalización, las situaciones pueden ser igualmente dos: o bien se estará en uno de los casos de excepción a que se refiere la parte final de la disposición en examen, y la actuación será válida, o bien el tribunal habrá accedido indebidamente a la práctica de las actividades de que se trate. En el segundo caso la sanción sólo podrá consistir o en la nulidad procesal de la resolución habilitante dictada por el tribunal de garantía –y en consecuencia de las diligencias practicadas a su amparo– , o, y en todo caso, en que esas diligencias se estimen luego prueba ilícita, por haberse obtenido omitiendo un requisito legal previo". Corte de Rancagua, 04 de enero de 2007, Rol 380-2006.

en un concreto perjuicio para la parte a quien la irregularidad del acto afecta.

Según el artículo 159 del Código Procesal Penal, el perjuicio existe *cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinienes en el procedimiento.* Aunque este precepto se encuentre establecido a propósito del incidente de nulidad, no existe razón para que el fundamento que lo inspira deje de aplicarse al recurso de nulidad con el que se impugna la sentencia definitiva que pronuncia el tribunal de juicio oral. De hecho, el artículo 375 del Código Procesal Penal insiste en la misma idea al establecer que "no causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren sustancialmente en la parte dispositiva del fallo".

Siendo el perjuicio una condición ineludible de la declaración de nulidad, en cualquiera de sus manifestaciones procesales, su inconcurrencia se traducirá necesariamente en excepciones a la regla de exclusión y a la prohibición de la valoración de la prueba ilícita.

En el sentido antes indicado se ha pronunciado la Corte Suprema al resolver que el recurso de nulidad "debe entenderse regido por los mismos principios y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal; por consiguiente para su procedencia deben concurrir los presupuestos básicos de éstas, entre las cuales se encuentra el llamado *principio de trascendencia* que, por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal, en virtud del cual se ha sostenido que la trasgresión que funde un recurso de la naturaleza como el de la especie, debe constituir un atentado de tal entidad que importe un perjuicio al litigante afectado, que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta, privándola de eficacia. En otras palabras, se requiere que el vicio sea sustancial, trascendente, de mucha importancia o gravedad, de suerte que el defecto entrabe, limite o elimine el derecho preterido".[30]

El fallo transcrito es una clara manifestación entre nosotros de la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto, conocida en Alemania como principio de proporcionalidad, el cual impediría el sacrificio del interés en la averiguación de la verdad cuando los elementos probatorios hayan sido obtenidos con sacrificio de intereses de menor

30. Corte Suprema de Justicia, 10 de mayo de 206, Rol Corte 897-06, Ruc 040018037-8, Rit 315-2005.

entidad,[31] planteamiento que ha recibido notable aplicación en la sentencia pronunciada el 18 de marzo de 2005, por el Tribunal de Juicio Oral de Quillota, redactada por el magistrado Mauricio Rettig, sosteniendo que "este tribunal es de la opinión, que la ineficacia de prueba cuestionada por ilicitud, no puede mantenerse a raja tabla, sin ponderar la entidad de los intereses en conflicto (...) resulta absolutamente desproporcionada la pretensión de la defensa en orden a no otorgar valor probatorio a esta prueba por la sencilla razón de que los policías no habrían manejado adecuadamente el sitio del suceso. En efecto, en este caso ha de preferirse el bien de mayor entidad correspondiente al interés público en la averiguación de la verdad procesal, por sobre la pulcritud en el manejo de la evidencia, bien de menor entidad en el caso sublite, por cuanto, si bien es deseable que la policía realice un adecuado manejo del sitio del suceso, no puede sacrificarse la *verdad evidente* en un delito pluriofensivo, con pena de crimen, contra las personas, a pretexto de que la policía no manejó con pulcritud la evidencia".[32]

7. La segunda causal de exclusión: pruebas que hubieren sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales

Por garantías fundamentales debemos entender las expresamente contempladas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

A nivel constitucional, y con referencia exclusiva al proceso, se encuentran expresamente consagradas el derecho al tribunal competente (art. 19 n. 3 inc 4.° CPR); el derecho al tribunal independiente (art. 76 CPR); el derecho a un procedimiento previo y una investigación racionales y justos (art. 19 n. 3 inc 5.° CPR); el derecho a no declarar bajo juramento contra sí mismo en causa criminal (art. 19 n. 7, letra f) CPR); el derecho a no declarar contra parientes en causa criminal (art. 19 n. 7, letra f) CPR); el derecho a la defensa jurídica (art. 19 n. 3 inc 2 CPR) y el derecho a la libertad personal (art. 19 n. 7).

Siempre a nivel constitucional, pero ahora con referencia a garantías no procesales que la actividad persecutora puede afectar, se encuentran el derecho a la vida y a la integridad física (art. 19 n. 1 CPR); el

31. Cfr, Horvitz y López, cit., p. 175.

32. Tribunal de Juicio Oral de Quillota, Ruc 0400281177-K, Rit 03-2005.

derecho al respeto y protección de la vida privada (art. 19 n. 4, inc 4.°); el derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (19 n. 5 CPR) y el derecho de propiedad (art. 19 n. 24 CPR)

En cuanto a los contornos o alcances de estas garantías, la relativa al debido proceso, que entre nosotros se traduce en el derecho a un procedimiento previo y a una investigación racionales y justos (art. 19 n. 3 inc 5.° CPR), es la que mayor dificultades presenta en la determinación de sus componentes ya que, como dice Hernández Basualto, "no se trata de una, sino de un haz de garantías procesales cuyo contenido dista de ser pacífico, aspecto que precisamente abre un enorme frente de discusiones sobre la posible existencia y alcances de principios o reglas procesales con mera consagración legal o aun de simple creación doctrinaria o jurisprudencial que eventualmente podrían formar parte del núcleo del cambiante y acumulativo concepto de debido proceso y que, por esa vía, gozarían de rango constitucional de suerte que su vulneración debería conducir a la exclusión del material probatorio así obtenido".[33]

La cuestión que comentamos nos lleva a reconocer que las garantías integrantes de un debido proceso no sólo tienen su fuente en el texto constitucional, sino que también y, mayoritariamente, habrán de encontrarse en la legalidad ordinaria, ya que conforme al texto constitucional corresponde al legislador *establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.*

Ahora bien, es importante tener en cuenta que, en estricto rigor, el constituyente no ha ordenado al legislador establecer un procedimiento racional y justo, sino algo menos que eso, a saber, las garantías de ese procedimiento. Con frecuencia el legislador desborda el mandato constitucional y establece para la solución de los conflictos un complejo conjunto de normas rituales al que llamamos procedimiento, pero no todas ellas pueden tenerse o reputarse como garantías de un debido proceso, sino sólo aquellas que sean esenciales para la justa composición de la litis.

En consecuencia, es labor jurisprudencial establecer cuáles normas dentro del ordenamiento ritual constituyen genuinamente *garantías de un procedimiento racional y justo*, ya que sólo la infracción de éstas últimas dará lugar a la exclusión del material probatorio por la segunda causal que comentamos. La infracción de aquellas que no invistan dicho

33. Cfr. HERNÁNDEZ, H, cit., p. 54.

carácter sustancial podrá eventualmente conducir al mismo resultado de exclusión del material probatorio, si de su inobservancia resulta indefensión susceptible de ser impugnada por vía del incidente de nulidad.[34]

Otra cuestión, distinta de la determinación de las garantías integrantes del debido proceso, es la que ha venido haciendo la jurisprudencia en orden a establecer cuándo existe una ilicitud de base, susceptible de ser tenida como infracción de dichas garantías. Las materias sobre las cuales ha recaído pronunciamiento judicial en este sentido son las siguientes:

7.1 En cuanto a la infracción al deber general de registro de las actuaciones de investigación (artículo 227 del CPP) y el derecho de defensa

El artículo 227 del Código Procesal Penal establece que "el ministerio público deberá dejar constancia de las actuaciones que realizare, tan pronto tuvieren lugar, utilizando al efecto cualquier medio que permitiere garantizar la fidelidad e integridad de la información, así como el acceso a la misma de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieren derecho a exigirlo".

En fallo pronunciado por la séptima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago el 04 de agosto de 2006, a propósito de la omisión del nombre del médico que firma un informe de lesiones, se ha resuelto que la exclusión de dicho medio de prueba "no se ajusta ni al tenor del artículo 22, ni a los principios que inspiran la investigación del Ministerio Público, pues llevado a una interpretación extrema, el artículo en cuestión haría impracticable una investigación en plazos razonables, volviéndose incluso a una exacerbación del antiguo sistema sumarial, pues sería necesario dejar registro de todo, inclusive de las meras comprobaciones

34. Una muestra del rechazo al conjunto de la legalidad como expresión global de la garantía a un procedimiento racional y justo se lee en la sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Puerto Montt del 01 de agosto de 2005, cuyo considerando décimocuarto sostiene: "Algunos autores como Julio Maier, postulan que todo el procedimiento penal, entendido como racional y justo, todo ese conjunto de ritualidades y formalismos, *es en si mismo una garantía*, es decir, las formas del procedimiento son una garantía en si, y en ese acercamiento, cualquier ilegalidad en él, trae como consecuencia, la exclusión de la prueba generada, elevando de esta manera, todas las normas de enjuiciamiento a un rango de garantía constitucional, que abiertamente no posee". RIT 44-2005, Ruc 0500028835-9.

de antecedentes que ya constan en el expediente". En el mismo fallo se expresa que tampoco se vulnera el derecho a defensa del imputado, ya que "en la especie consta que el informe de primeras atenciones se encontraba presente desde un inicio en la carpeta de investigación, debidamente firmado, faltando únicamente la determinación del médico que había suscrito dicho documento", afirmándose también que el defensor "no debe esperar actuaciones eventuales del órgano investigador, sino que debe atender con especial atención aquellos antecedentes que constan en la investigación, para de esta manera ejercer y garantizar por sí mismo una debida defensa, adecuada tanto técnica como materialmente. A mayor abundamiento, la referida garantía se podría ver vulnerada si no constare en documento ni actuación alguna la intervención del testigo o perito, o bien, cuando en el juicio oral la defensa se vea impedida de controvertir la calidad o idoneidad del perito o testigo presentado por la Fiscalía, lo cual no fue materia de discusión".[35]

7.2 *En cuanto a la previa autorización judicial para el uso en la investigación de fotografías, filmaciones u otros medios de reproducción de imágenes*

En torno a este punto el artículo 226 del Código Procesal Penal establece que "cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho que mereciere pena de crimen, el juez de garantía podrá ordenar, a petición del ministerio público, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos".

A nuestro juicio, la regla transcrita se aplica a la investigación de un delito que se encuentra en actual perpetración, ya que el uso de esos medios de investigación, mientras el delito se comete, podría afectar garantías tales como el respecto y protección de la vida privada de las personas, pero de ningún modo podría aplicarse a situaciones posteriores a la ejecución del delito. Consumado el delito, la ley permite consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes del mismo, conforme a las facultades autónomas del ministerio público y sus auxiliares policiales (art. 181 CPP).

En este sentido, y a propósito de la necesidad de recabar autorización judicial previa para captar imágenes del sitio del suceso, la Corte de

35. Rol Corte 1289-2006. Ruc: 500690487-6.

Apelaciones de Concepción, en fallo pronunciado el 08 de noviembre de 2004, sostuvo: "6) Que cualquiera que sea la amplitud que se le acuerde a los términos inobservancia de garantías constitucionales, resulta forzoso concluir que la inobservancia de garantías fundamentales, representa algo más que la mera inobservancia de la legalidad ordinaria, de suerte que para afirmarla no puede bastar con la infracción de ley en la obtención de la prueba, sino que además se requiere que la infracción pueda vincularse de modo tal con una garantía fundamental que pueda conceptualizarse como afectación de la misma ... 7) Que según consta en el Registro de Audio, el set de 13 fotografías cuestionadas fueron acompañadas por el Ministerio Público dentro de los antecedentes de la investigación en el acápite 4.2 letra c) y se refieren en general al sitio en que fue detenido el imputado, y según manifestó el Sr. Fiscal, éstas son pertinentes a la materia y su finalidad es apoyar la declaración de los testigos en el Juicio Oral y graficar la iluminación y condiciones del tránsito vehicular y peatonal en el sitio del suceso y en el lugar en que fue detenido el imputado, como también el estado físico que presentaba el imputado al momento de su detención: vestimenta, largo de pelo, etc... 8) Que de todo lo dicho resulta que las 13 fotografías cuestionadas están comprendidas dentro de las diligencias de investigación realizada por el Ministerio Público dentro de sus facultades; luego, no han sido obtenidas vulnerando garantías constitucionales y además, es evidente que no afectan garantías constitucionales del imputado. Luego, mal pudo el Juez de Garantía hacer uso del artículo 276 del Código Procesal Penal y excluirlas de ser rendidas en el Juicio Oral".[36]

7.3 En cuanto al defectuoso empleo de actas para el ingreso domiciliario

Para los funcionarios que practiquen el ingreso y registro de un lugar cerrado, los artículos 205 y 206 del Código Procesal Penal contemplan la obligación de extender un acta que deje constancia de este hecho, junto a la individualización de los funcionarios que lo hubieren practicado y de aquél que lo hubiere ordenado.

Sobre esta materia, el Tribunal de Juicio Oral de Puerto Montt, en fallo pronunciado el 17 de enero de 2005, ha resuelto que "no se infringe la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio ante el defectuoso empleo de las actas que la ley manda extender ya que, "si

36. Rol Corte 540-2004, Ruc 0400290610-k, Rit 1847-2004.

bien los funcionarios de carabineros al querer dejar plasmado el consentimiento del propietario del inmueble para ingresar y registrarlo, lo que hicieron fue usar un acta que a todas luces no corresponde, cual es el acta de entrada y registro sin autorización del dueño, del artículo 206 del Código Procesal Penal, dicho hecho en manera alguna hace desaparecer el consentimiento prestado por el acusado para poder ingresar y registrar un lugar cerrado, quien conforme a la prueba rendida en juicio lo hizo sabiendo el motivo del ingreso, que era lo que estaban buscando los funcionarios aprehensores y que tuvo la posibilidad cierta de oponerse a la diligencia".[37]

7.4 *En cuanto a la vulneración del derecho de propiedad sobre objetos incautados en el contexto de un hallazgo casual*

El artículo 215 del Código Procesal Penal establece que "si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación previa autorización judicial".

La norma trascrita regula los hallazgos casuales de evidencia, para cuya incautación es necesaria autorización judicial; sin embargo, se ha resuelto que dicha exigencia se aplica exclusivamente cuando el ingreso al lugar cerrado es consecuencia de una orden judicial, siendo innecesario recabar una orden para incautar objetos relacionados con delitos distintos de los que motivaron el ingreso, si este último se logró con el consentimiento del propietario o encargado del lugar cerrado.[38]

7.5 *En el defectuoso tratamiento de la evidencia*

Sobre el retardo en el envío al Servicio de Salud de las muestras de droga incautada, el Tribunal de Juicio Oral de Antofagasta ha resuelto, en fallo pronunciado el 19 de diciembre de 2008, que "el artículo 42 de la misma ley (Ley 20.000, sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes) establece una sanción para los funcionarios responsables del retardo de la entrega de la droga, plazo que es de 24 horas ó 48 horas en el caso

37. Rit 33-2004, Ruc 0410007892-4.

38. Tribunal de Juicio Oral de San Antonio, sentencia pronunciada el 11 de abril de 2006, causa Rit5-2006, Ruc 0500421029-k.

que se haya ampliado por el Juez de Garantía, consistente en una multa a beneficio fiscal equivalente al cinco por ciento de su remuneración imponible mensual, por cada día de atraso, sin que pueda exceder del total de dicha remuneración. De manera tal que el legislador estableció la consecuencia que deriva del incumplimiento de la norma, y por lo mismo no puede pretenderse que además ello conlleva la nulidad de los actos que le siguen a esa infracción, como lo sería la recepción de la droga y pericia efectuada a una muestra de la sustancia que se entregó en el Servicio de Salud".[39]

8. Efectos de la ineficacia de la prueba ilícita

En primer término, y examinada por sus resultados, la prueba ilícita genera la exclusión de la fuente de prueba contaminada por la ilicitud, la no valoración del medio probatorio en su caso, o la anulación de la sentencia condenatoria fundada en este último, recayendo respectivamente en el juzgado de garantía, en el tribunal de juicio oral, o en el tribunal competente para conocer del recurso de nulidad, la función de acordar dichas consecuencias.

En segundo término, y vista ahora desde la perspectiva de los objetos sobre que recae o cuya ineficacia alcanza, la prueba ilícita compromete de modo directo la fuente o medio de prueba en que la ilicitud incide. Asimismo, y por un imperativo derivado del simple nexo de causalidad que las une, corren igual suerte las pruebas indirectas, derivadas o reflejas, o sea, aquellas cuya obtención sea una consecuencia directa del acto ilícito inicial, fenómeno conocido en la literatura norteamericana como los frutos del árbol envenenado.

9. Excepciones a la ineficacia de la prueba ilícita

Establecidas las consecuencias que apareja la declaración de ilicitud de la prueba, seguidamente indicaremos las excepciones que la doctrina señala para cada uno de los efectos o consecuencias recién anotadas, de cuya aplicación resultará, por un lado, la recepción y valoración de una prueba que adolece de una ilicitud, y por otro, que el efecto contaminante de la ilicitud de base no se proyectará a la prueba derivada o refleja.

39. Sentencia Rit 221-2008, Ruc 0700375975.

9.1 Excepciones a la regla de exclusión probatoria

9.1.1 La prueba de descargo

La doctrina nacional sostiene que la prueba de la defensa no se somete a la regla de exclusión, aunque su obtención haya implicado vulneración de garantías fundamentales. Se argumenta que "al Estado le corresponde sacrificar la reconstrucción de la verdad en pos del respeto de las garantías fundamentales cuando la violación de éstas sea presupuesto de una sentencia condenatoria, porque en el conflicto entre el interés estatal en la aplicación de la pena y el interés público existente en el respeto a la garantías fundamentales debe primar este último. Pero cuando se trata de la prueba de descargo, parece evidente que el interés en la reconstrucción de la verdad se identifica con el derecho a la prueba y el derecho de defensa y con un interés estatal preferente por impedir la condena de inocentes".[40] Se añade como argumento de texto que el artículo 277 inciso final del Código Procesal Penal, sólo confiere al Ministerio Público y no a la defensa recurso de apelación en contra del auto de apertura por exclusión de prueba ilícita, de lo que cabe inferir que la prueba de descargo no queda expuesta a exclusión.

Un argumento dogmático penal se suma también en este punto, pues, como dice Pellegrini, "cuando la prueba aparentemente ilícita, fue obtenida por el propio acusado, se ha entendido que la ilicitud es eliminada por causas legales, como la legitima defensa, que excluye la antijuricidad. Así, en la jurisprudencia extranjeras, ha sido visto la conducta de la persona que graba subrepticiamente su conversación con un tercero para demostrar su propia inocencia".[41]

Hasta ahora la jurisprudencia no tiene pronunciamientos de los que podamos extraer una regla general,[42] y a nuestro juicio no se trata ésta de una cuestión sobre la que pueda tomarse partido sin reservas de ninguna clase. Habrá de tenerse en cuenta las circunstancias del caso

40. Cfr. HORVITZ y LÓPEZ, cit., p. 216.

41. PELLEGRINI, cit., p. 135.

42. Sin embargo, podemos citar un caso en que se ha decidido no valorar prueba de descargo por no haberse obtenido autorización judicial previa, así lo resolvió el Tribunal de Juicio Oral de Arica, en fallo pronunciado 22 de agosto de 2007 ,causa Rit 122-2007, Ruc 0500506100-k, respecto de cinco fotografías obtenidas con infracción al artículo 226 del Código Procesal Penal.

concreto, y resolver sobre la base del interés preponderante. No puede olvidarse que en juego también está la supremacía constitucional, de la cual nadie puede sustraerse, ya que los preceptos de la Carta magna no sólo obligan a los titulares o integrantes de los órganos estatales, sino que a toda persona, institución o grupo (art. 6.° inciso 3.°).

9.1.2 La excepción de buena fe

La *good faith exception* surge en la jurisprudencia norteamericana en 1984, a propósito del caso United States vs León (468.U.S.897/1984), en que la policía obtuvo prueba ilícita fundada en la errónea creencia de la validez de una orden judicial ilegítima. Esta doctrina se completará en 1987, con la sentencia dictada en el caso Illinois vs Krull (480 U.S 340/1987), que extiende la excepción de buena fe a los supuestos en que la policía ha realizado un registro apoyado en una ley que más tarde fue declarada inconstitucional; y luego en 1995, con la sentencia Arizona vs Evans (514 U.S /1995), que extiende los supuestos de la excepción a los casos en que la policía ha actuado sobre la base de errores cometidos por personal de apoyo del poder judicial.[43]

En sistemas como el norteamericano, en que la *exclusionary rule* se funda en el efecto disuasivo del actuar policial abusivo o irregular (*deterrent efect*), parece lógico aplicar esta excepción cuando el infractor no actúa movido por desprecio a la garantía, sino en la errónea creencia que su desempeño es lícito o autorizado por el ordenamiento.

En los países europeos, en cambio, el eje central que sustenta la regla de exclusión es el principio de legalidad y la observancia de las garantías fundamentales, por lo que la excepción que comentamos no tiene carácter preponderante, lo que no impide que reciba aplicación de modo ocasional.[44]

En la dogmática nacional, se estima que no es posible dar cabida a la excepción de buena fe ya que el fundamento de la exclusión es múltiple, e incluye no sólo un efecto disuasivo del actuar policial, sino

43. Gascón Abellán, ¿Fredom of Proof.? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita, en la *Revista Jueces para la Democracia, Información y Debate*, n. 52, Madrid, marzo 2005, p. 83.

44. Armenta Deu, Exclusionary Rule: Convergencias y Divergencias entre Europa y América, en la *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 11, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, p. 81.

también, y principalmente, un principio de integridad judicial, que impide a los jueces hacerse cómplices de una infracción de garantías cometidas por agentes policiales.[45] Cosa distinta es, sin embargo, como ha sostenido Hernández Basualto, el rol que juegue la buena fe, o mejor, la razonabilidad o plausibilidad intersubjetiva del actuar policial, en el análisis de la efectiva vulneración de la garantía fundamental.

A nivel jurisprudencial, conocemos de una sentencia pronunciada el 28 de mayo de 2008 por la Corte de Apelaciones de la Serena, que se abstuvo de aplicar la excepción de buena fe en un caso en que la policía hizo ingreso a un domicilio amparada en una orden amplia de investigar dada por la justicia militar, entendiendo que debió recabarse una orden previa del juez de garantía competente, estimándose que "la entrada y registro en cuestión, no pudo haberse verificado en la forma que se hizo y la exhibición de la orden amplia de investigar al propietario o encargado de la propiedad y su autorización posterior no suple la ausencia de una orden judicial expresa para proceder al registro del inmueble, requisito previo que era ineludible para proceder al ingreso y registro a la propiedad".[46]

Un predicamento distinto tuvo el Tribunal de Juicio Oral de Concepción, en fallo pronunciado el 04 de marzo de 2008, el cual desestimó la solicitud de no valoración de la evidencia incautada por la policía en una vivienda cuya numeración domiciliaria no coincidía con el señalado en la respectiva autorización judicial, argumentando que, si de la investigación previa no había indicios que hicieran suponer la existencia de habitaciones con numeración distinta, "el actuar de los funcionarios policiales está amparado por el principio de la buena fe".[47]

9.1.3 Actuaciones exclusivamente privadas

El postulado de esta excepción consiste en que la prueba ilícita obtenida a consecuencia de actuaciones exclusiva o estrictamente

45. Cfr. HORVITZ y LÓPEZ, cit., p. 225. A vía meramente ejemplar, véase sentencia de fecha 31 de mayo de 2006, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral de Concepción, Rit 85-2006 y Ruc 0500470279-6 y sentencia de fecha 29 de mayo de 2006, pronunciada por el Tribunal de juicio Oral de Puerto Montt, causa Ruc 0500250698-1, Rit 3-2006, en que la invocación de la integridad judicial sirvió de fundamento a la decisión de no valorar prueba ilícita.

46. Rol 113-2008, Ruc 0600657085-0.

47. Causa Ruc 0700335503-3;Rit 13-2008.

privadas no justifica la exclusión del material probatorio obtenido por su intermedio. El fundamento de la excepción en estudio se encuentra, al igual que en el caso de la excepción de buena fe, en la ausencia de un efecto disuasivo o *deterrence*, que no resulta aplicable a los particulares. En el sistema norteamericano, donde esta excepción tiene mayor acogida, se argumenta a favor de esta excepción recordando que la Cuarta Enmienda sólo protege de la acción estatal y no de particulares.

Sin embargo, como explica Hernández Basualto,[48] aunque se trata de un aspecto consolidado en modelo judicial norteamericano, la excepción en comento tiene un límite cuando la conducta privada se conecta significativamente con una actuación estatal, es decir, cuando la prueba se obtiene a instancias o en cooperación de los agentes estatales.

Nuestra Constitución no hace diferencias en cuanto a los sujetos sometidos al imperio de sus preceptos; al contrario, los hace expresamente aplicables tanto a los titulares o integrantes de los órganos estatales como a toda persona, institución o grupo (art. 6° CPR). En consecuencia, no hay razones sustantivas o de texto para excluir *a priori* a los privados como eventuales agentes en la obtención de pruebas con infracción a las garantías constitucionales. El que los derechos fundamentales "nacieran en el constitucionalismo como límites al poder del Estado, es decir, como garantías de la libertad del individuo frente a los poderes públicos, y el que éstos constituyan, por las facultades y prerrogativas que ostentan el mayor peligro para su integridad, no autoriza a afirmar que los derechos fundamentales sólo sean garantías frente a los poderes públicos y que, en consecuencia, las pruebas obtenidas con su vulneración tan sólo puedan ser excluidas cuando el responsable de la violación sea un funcionario público y no cuando se trate de un particular".[49]

La Corte Suprema de Justicia tampoco ha hecho diferencias en esta materia, y en fallo pronunciado el 11 de junio de 2007, sin entrar a pronunciarse expresamente acerca de la ilicitud probatoria de origen privado, acogió un recurso de nulidad contra la sentencia dictada en contra de un imputado condenado por almacenamiento de material pornográfico infantil, en que la evidencia de cargo había sido obtenida por la madre de la víctima mediante la revisión subrepticia de imágenes

48. Cfr. HERNÁNDEZ, cit., p. 20.

49. Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 109.

contenidas en un computador de propiedad del imputado, las que posteriormente grabó y entregó al Ministerio Público.[50] Por su lado, la Corte de Apelaciones de San Miguel, conociendo de la apelación de un auto de apertura de juicio oral por exclusión de prueba cargo, consistente en un video con material pornográfico obtenida por un testigo, al igual que en el caso anterior, sin autorización del imputado, sostuvo que: "la exclusión de la prueba ilícita procederá tanto de la actuación de agentes estatales, policía y Ministerio Público, como de particulares, toda vez que la norma legal *(art. 276 Código Procesal Penal)* no hace distinción alguna y el fundamento ético de la exclusión de la prueba, hace perfectamente aplicable dicha situación a particulares, puesto que de lo contrario el Estado estaría amparando y fomentando la vulneración de garantías fundamentales".[51]

Pese a lo dicho, adherimos a la reflexión de Hernández Basualto cuando, moderando la equiparación absoluta entre las ilicitudes probatorias de fuente pública o privada, reflexiona sobre hipótesis excepcionales en que la obtención de pruebas con infracción de garantías fundamentales represente para el privado un caso de legítima defensa o cuando, a su respecto, no sea exigible otra conducta,[52] pudiendo por nuestro lado añadir casos en que la obtención de prueba ilícita por particulares sea consecuencia, incluso, del mero azar, cuestión abordada por el Tribunal de Juicio Oral de San Antonio, en fallo pronunciado el 22 de agosto de 2005, ocasión en que desestimó la solicitud de la defensa de no valorar las imágenes de video tomadas por un canal de televisión, que captaron por mera casualidad un delito en plena ejecución, resultando absurdo recabar autorización previa del juez de garantía en un caso como éste.

9.2 Excepciones a la exclusión de la prueba derivada

La regla de exclusión probatoria no sólo alcanza a las pruebas ilícitamente obtenidas, sino también a las lícitamente conseguidas o practicadas, en la medida que tengan su causa o provengan de las primeras, es decir, que se originen en informaciones o datos obtenidos de actuaciones contrarias a las garantías o derechos fundamentales.

50. Corte Suprema, 18 de noviembre de 2008, Rol 1836-2008, Ruc 0500586143-K.

51. Corte de Apelaciones de San Miguel, 18 de abril de 2008, Rol 1428-2008, Ruc 0700683657-1.

52. Cfr. HERNÁNDEZ, cit., p. 67.

La ineficacia de la prueba derivada, indirecta o refleja remonta sus orígenes a una antigua sentencia pronunciada en 1920 por el Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Silverthorne Lumber Co vs United States* (251. U.S 385 /1920); sin embargo, la metáfora *the fruits of the poisonous tree*, con la que literariamente mejor se la conoce, proviene de una sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo años más tarde, en 1939, siendo su creador el Juez Frankfurter, en el caso *Nardone vs United States* (308 U.S. 1939).[53]

El fundamento de la ineficacia de la prueba refleja descansa en el nexo de causalidad que la une con la prueba directa originalmente contaminada por la ilicitud; por lo tanto, operando una desconexión causal con aquélla, o no existiendo ningún vínculo que la ligue con ella, se detiene el efecto expansivo de la ineficacia que trae consigo la ilicitud, podría decirse, siguiendo la metáfora arbórea, que la prueba desvinculada causalmente de la prueba ilícita, no es fruto del árbol envenenado.[54] En consecuencia, producida una ilicitud, es indispensable mantener, entre el material probatorio recogido, las diferencias metodológicas y conceptuales entre la prueba directa, o sea, aquella sobre la cual recae de modo inmediato la ilicitud, la prueba refleja, que es una prueba lícita en sí misma pero que deriva de otra obtenida con infracción de garantías fundamentales, y, finalmente, la prueba independiente, que no sólo es una prueba lícita en sí misma, sino que además tampoco tiene ninguna vinculación con la violación inicial.[55]

Aunque nuestro ordenamiento, a diferencia del español, no declara en forma explícita la ineficacia de la prueba indirecta,[56] nuestros tribunales no han visto inconveniente en extender a ésta última el efecto de la ilicitud inicial; sin embargo, y haciéndose eco de la jurisprudencia norteamericana, también han reconocido las excepciones a la ineficacia de la prueba derivada, haciendo en esto aplicación de la teoría de la fuente independiente y del descubrimiento inevitable, que seguidamente

53. Cfr, GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 162.

54. Cfr, TAVOLARI OLIVEROS, *Instituciones del nuevo Proceso Penal, Cuestiones y casos*. Editorial Jurídica, Santiago, 2005, p. 141.

55. Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 156.

56. El artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial expresamente declara en estos términos la ineficacia de la prueba indirecta: "No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

tratamos junto a otras figuras limitantes del efecto reflejo de la prueba ilícita, como el vinculo atenuado, y la reciente doctrina del Tribunal Constitucional Español sobre la conexión de antijuricidad.

9.2.1 La excepción de la fuente independiente

El fundamento de esta excepción es obvio: si la ineficacia de la prueba derivada descansa en el vínculo o conexión causal que la une con la violación inicial de derechos, resulta claro que allí donde se rompe el vínculo causal, se detiene también el efecto contaminante de la ilicitud.

Se dice, con razón, que la excepción de fuente independiente no es una verdadera excepción a la ineficacia de la prueba refleja, ya que las pruebas obtenidas de una fuente impoluta no entran en el campo de la ilicitud. Por este motivo, desde un punto vista metodológico, corresponde excluir desde luego las pruebas válidamente obtenidas con anterioridad a la ilicitud, ya que ellas están causalmente desconectadas de la infracción de derechos, no se trata de pruebas derivadas o reflejas de la fuente contaminada, son pruebas genuinamente independientes o ajenas a toda infracción.

La cuestión, empero, se torna compleja respecto de las pruebas obtenidas con posterioridad a la vulneración de derechos, debiendo el intérprete examinar si existe o no conexión causal con el material probatorio que surge luego de la infracción constitucional. En opinión de Gálvez Muñoz,[57] hay vínculo causal entre la prueba ilícita y otra lícita posterior cuando es posible afirmar que ésta tiene su origen en informaciones o datos suministrados por aquélla, sin embargo el vínculo debe ser claro y rotundo, no basta en esta materia con una sospecha genérica y abstracta de conexión de ilicitud, debe tratarse, como dice Hernández Basualto, de una causalidad concreta.[58] La clave entonces radica en preguntarse si la prueba que se cuestiona se hubiera o no descubierto sin la previa actuación inconstitucional, no se trata de negar algún vínculo de causalidad natural entre la prueba inconstitucional y la posterior, "se trata, más bien, de constatar la debilidad del nexo causal de unión dada la existencia de otros datos o elementos fácticos que permiten inferir razonablemente que el resultado se habría obtenido muy probablemente

57. Cfr. Gálvez Muñoz, cit., p. 171-175.

58. Cfr. Hernández, cit., p. 78.

sin la ayuda de la infracción constitucional";[59] además, y desde otro ángulo, deben descartarse, como bien dice Hernández Basualto, aquellos casos en que "la evidencia ilícitamente obtenida sólo sirve para confirmar sospechas previas o permite focalizar la investigación en un determinado imputado, pero no apunta hacia determinados medios".[60]

La Corte Suprema ha aplicado la excepción de la fuente independiente en hipótesis en que la ilicitud es posterior a la obtención de la prueba, como cuando se obtuvo autorización del propietario para el ingreso domiciliario, pero la detención del imputado no respondía a un supuesto legal de flagrancia, estimando que "la prueba constituida por la declaración de los funcionarios policiales y las obtenidas como consecuencia de la entrada y registro al domicilio del acusado, surgen de una fuente autónoma, esto es, una vía distinta de adquisición de prueba, de modo tal que (...) la ilegalidad de la detención del imputado declarada por el tribunal de garantía en la audiencia correspondiente, no pudo tener el efecto pretendido de viciar de ilicitud la prueba de cargo".[61] La misma excepción se ha aplicado en la hipótesis inversa, es decir, cuando la ilicitud es anterior a la obtención de la prueba, señalando la Corte Suprema que "no ha existido en este caso, relación causal entre la detención ilegal derivada de un erróneo control de identidad motivado por una denuncia anónima de un merodeador, donde, por lo demás, pareciera existir actuación de buena fe por parte de los funcionarios aprehensores, y la flagrancia que motivó la actuación siguiente de la policía, cuando el acusado, en un acto voluntario, se desprendió de la droga que portaba y la arrojó en presencia de una funcionaria de Carabineros que actuó facultada por la ley procesal vigente y cuyo testimonio, tanto como la incautación que fueron evidencia y material probatorio en el juicio subsiguiente, no se han teñido con la ilicitud de la detención declarada ilegal a propósito del primitivo control de detención".[62]

59. Cfr. Gálvez Muñoz, cit., p. 186 y 187.

60. Cfr. Hernández, cit., 79.

61. Corte Suprema, 28 de julio de 2008, Rol 2521-2008, Ruc 0700516720-K. Aplicaciones de la misma teoría se encuentran en fallos pronunciados por la Corte de Apelaciones de Rancagua, 14 de junio de 2007, Rol 216-2007.

62. Corte Suprema, 11 de diciembre de 2007, Rol 5435-2007, Ruc 0600886238-7.

9.2.2 *La excepción del descubrimiento inevitable*

La excepción del descubrimiento inevitable, también conocida como la excepción de la fuente independiente hipotética[63] o cursos hipotéticos de la investigación,[64] fue asumida por primera vez por el Tribunal Supremo Norteamericano en el caso Nix vs Williams (467 U.S. 431/1984), y consiste en sostener que las pruebas obtenidas con infracción de garantías fundamentales no deben excluirse si las mismas hubiesen podido igualmente obtenerse por vías lícitas que estuvieren actualmente en curso.

En estos casos el vínculo de causalidad entre la ilicitud y la prueba no admite cuestionamiento alguno, pese a lo cual se tolera la inclusión de la prueba inconstitucional dado lo inevitable del descubrimiento de la prueba. Sin embargo, para que esta excepción opere, se requiere que el futuro descubrimiento no se maneje en el plano especulativo, sino que estemos frente a una posibilidad rayana en la certeza. Esta condición es indispensable, y así se ha resuelto que, "para que opere la regla de atenuación se requiere de un curso causal concreto y en marcha, independiente del proceso afectado por la ilegalidad y cuyo resultado inevitablemente es el descubrimiento de la misma prueba".[65]

Aplicaciones de esta doctrina la encontramos en una sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Concepción, pronunciada el 24 de junio de 2006, fallo en que sostuvo que preexistiendo investigación por el delito de tráfico ilícito de drogas contra los imputados, es ilícita la incautación del alucinógeno que éstos portaban en el vehículo en que se movilizaban, aunque fuere consecuencia de la comisión flagrante de los delitos de daños calificados y maltrato de obra a personal policial de servicio, cometida por los imputados al huir de un control de identidad, ya que la investigación previa obligaba a la policía a recabar autorización judicial de conformidad con el artículo 217 del Código Procesal Penal; sin embargo, teniendo en cuenta que los delitos flagrantes que motivaron la detención de los imputados, autorizaban al registro e incautación del automóvil en que viajaban "...no puede sino concluirse que tarde o temprano se iba a obtener la orden pertinente para incautar la droga,

63. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, cit., p. 83.

64. Cfr. HERNÁNDEZ, cit., p. 39.

65. Juzgado de Garantía de Puerto Montt, 03 de junio de 2005, Ruc 0500027174-K, Rit 249-2005.

pues evidentemente la policía no podía permanecer ajeno a ella, y que dicha sustancia no podría permanecer oculta dadas las particularidades del caso y las diligencias de investigación que se llevaban adelante; y aún más, en virtud del registro del automóvil, habiéndose descubierto la sustancia ilícita, se estaría en presencia de un delito flagrante, que habilitaba la detención de los acusados por delito de tráfico ilícito de estupefacientes, y en el marco de ese instituto procesal, de conformidad con el inciso segundo del artículo 187 citado, la policía podría haber procedido a la incautación de la misma en forma inmediata, situación que como se ha demostrado no ocurrió".[66]

Otra manifestación de esta doctrina aparece en el fallo pronunciado el 31 de julio de 2009 por el Tribunal de Juicio Oral de Los Ángeles, allí se resolvió que pese, a la ilicitud de la prueba obtenida tras la declaración espontánea del menor de edad, en ausencia de su abogado defensor, y que condujo al personal policial al sitio del suceso, a la captación de fotografías del mismo y a la declaración de la víctima, correspondía igualmente valorar dichos medios de prueba ya que, "de acuerdo a las máximas de la experiencia, la víctima al percatarse de lo ocurrido en su vehículo denunciaría el hecho ante la policía, de manera que en base a ella, practicaría (la policía) las diligencias de rigor, todo lo cual, unido a que el encartado fue detenido en un lugar cercano al domicilio de la víctima –a 300 metros aproximadamente– con especies tales como una radio de vehículo, un destornillador y un puñal, las que le fueron retenidas por Carabineros, tal hecho, ineludiblemente, lo conectaría con la denuncia efectuada por la ofendida".[67]

9.2.3 La excepción del vínculo atenuado

La excepción del nexo causal atenuado tiene varios supuestos de aplicación, en todos los cuales yace la idea que el vínculo causal existente entre el acto ilícito y la prueba derivada cuya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse inexiste. Así sucede cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el acto ilícito inicial y la prueba derivada, o cuando la cadena causal entre el acto ilícito inicial y la prueba derivada está compuesta de un gran número de eslabones,

66. Tribunal de Juicio Oral de Concepción, 24 de junio de 2006, Ruc n. 0500400293-K y Rit n. 106-2006.

67. Tribunal de Juicio Oral de Los Ángeles, 31 de julio de 2009, Ruc 0900078652-4.

pero también en el caso de la denominada confesión voluntaria, que constituye el supuesto más característico de este planteamiento.[68]

La voluntaria confesión del imputado tiene en el caso Wong Sun vs. United States (371. U.S 471/1963) su expresión más significativa. En dicha ocasión la policía logró la detención de Wong Sun luego de interrogar a un tercero en un registro domiciliario sin autorización judicial; sin embargo, puesto en libertad por considerarse que su detención derivaba de una actuación inconstitucional, Wong Sun volvió voluntariamente a la unidad policial y consignó su declaración por escrito y en conocimiento de sus derechos, lo que en concepto de la Corte fue suficiente para disipar la ilegalidad del proceder policial.[69]

Se estima que la confesión del imputado no tiene en verdad un efecto saneador de una actuación pretérita, sino que se trata de una actuación nueva que se independiza jurídicamente de la lesión del derecho fundamental. Sin embargo, el carácter voluntario de la confesión es criticado por la doctrina, ya que parece evidente, dice Marina Gascón, que si el confesante hubiera sabido que lo obtenido con violación de derechos no tendría ningún valor en el proceso seguramente no habría confesado;[70] de allí que se mire sospechosamente esta excepción por los peligros que para las libertades públicas e individuales entraña el impulso de obtener declaraciones voluntarias que purguen actuaciones viciadas,[71] lo que no impide aceptarla en aquellos casos en que el imputado, en pleno conocimiento de sus derechos y sin sometimiento a presión de ningún tipo acepta colaborar en circunstancias que podría no hacerlo.[72]

9.2.4 La excepción de conexión de antijuricidad

La tesis de la conexión de antijuricidad se articula por primera vez en la sentencia del Tribunal Constitucional Español 81/1998, y consiste[73] en que para aplicar la regla de exclusión entre la prueba ilícita y la prueba derivada no es suficiente o bastante el simple nexo de causalidad entre

68. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, cit., p. 82 y TAVOLARI OLIVEROS, *Instituciones del nuevo*, etc., cit., p. 141.
69. Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 200.
70. GASCÓN ABELLÁN, p. 82.
71. TAVOLARI OLIVEROS, *Instituciones del nuevo*, etc., cit., p. 141.
72. Cfr. HERNÁNDEZ, cit., p. 85.
73. Cfr. Gascón Abellán, cit., p. 79.

una y otra, sino que se requiere de un nexo de antijuricidad. En virtud de esta doctrina, no existe nexo de causalidad cuando concurren dos circunstancias que el Tribunal Constitucional Español denomina perspectiva interna y perspectiva externa. La perspectiva interna se presenta cuando la prueba derivada, indirecta o refleja es jurídicamente independiente de la vulneración del derecho, lo cual tendrá lugar cuando el conocimiento obtenido mediante la lesión originaria del derecho no resulte indispensable y determinante para la práctica de la segunda prueba; o sea, cuando la prueba hubiera podido obtenerse normalmente por medios independientes de la lesión del derecho. La apreciación del dato de la independencia exige tomar en cuenta circunstancias como la índole y características de la vulneración originaria del derecho, así como el resultado. La perspectiva externa implica que no sea muy necesaria una contundente protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud constitucional. La apreciación de este dato habrá de ser hecha considerando la entidad objetiva de la vulneración del derecho cometida, así como la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en dicha vulneración.

La tesis de la conexión de antijuricidad representa en último término, como bien dice Gálvez Muñoz, la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad, conforme al cual ninguna norma, por importante que sea el contenido a que se refiera o lo valores que persigue, puede imponerse a toda costa.[74] La perspectiva externa es un llamado a sopesar la gravedad de la vulneración del derecho, el disvalor de acción envuelto en la infracción, y en ése sentido se ha pronunciado nuestra Corte Suprema al exigir que la infracción constitucional sea "sustancial, trascendente, de mucha importancia o gravedad, de suerte que el defecto entrabe, limite o elimine el derecho preterido",[75] perspectiva que apoyamos en este trabajo ya si los derechos fundamentales no son absolutos, ¿por qué habría de serlo la regla de exclusión probatoria?

10. Conclusiones

1. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, que incluyó entre sus garantías al procedimiento racional y justo, seguida luego de su modificación de 1989, que incorporó al ordenamiento

74. Cfr. Gálvez Muñoz, cit., p. 180.

75. Rol Corte 897-06, Ruc 040018037-8, Rit 315-2005.

nacional los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, quedaron sembradas las bases normativas para el ulterior establecimiento por el Código Procesal Penal de la regla de exclusión por ilicitud probatoria, instituto completamente desconocido bajo el imperio del sistema inquisitivo, regulado por el antiguo Código de Procedimiento Penal (1907).

2. La regla de exclusión probatoria en el proceso penal chileno cubre hipótesis diversas: a) las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias declaradas nulas y b) las pruebas obtenidas con infracción de garantías fundamentales, dando con ello un tratamiento unitario a dos causales que en otros ordenamientos se mantienen por separado, y con consecuencias distintas.

3. La relación existente entre la causal de exclusión fundada en la infracción de garantías fundamentales y la nulidad es de género a especie, pues el acogimiento de esta última sanción procesal supondrá siempre la infracción de una misma garantía fundamental, idéntica en todos los casos: el derecho a la defensa. La invariable infracción de esta garantía fundamental, que opera como condición de acogimiento de la nulidad, es independiente de la naturaleza constitucional o legal del precepto vulnerado directamente por la actuación defectuosa.

4. En estrecha relación con lo dicho, el principio de proporcionalidad, acogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, modula la aplicación de la regla de exclusión por ilicitud probatoria, y cumple sobre las garantías no procesales, el rol que el perjuicio o afectación del principio de audiencia cumple sobre las garantías de índole procesal.

5. La nulidad tiene escasa incidencia en la exclusión del material probatorio, no tanto porque la exigencia del perjuicio condicione al extremo su procedencia, sino porque sus efectos recaen exclusivamente sobre las actuaciones judiciales, quedando fuera de su campo de aplicación las diligencias de investigación desplegadas por los órganos de la persecución penal, siendo éstas y no aquéllas, las mayormente expuestas a generar infracción de garantías fundamentales.

6. En la aplicación de la regla de exclusión por parte de los tribunales nacionales, predominan los criterios de la integridad judicial y de la supremacía o intangibilidad de las garantías fundamentales, por sobre el efecto *deterrence*, tan característico del sistema norteamericano.

4
A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: Expõe-se a evolução da exigência de limitação da atividade probatória no processo penal brasileiro, evidenciando-se a necessidade de reconhecimento da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, a partir das garantias fundamentais expressas na Constituição Federal de 1988, decorrentes do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Inadmissibilidade da prova ilícita – Garantias constitucionais – Reforma do Código de Processo Penal – Princípio de proporcionalidade – Provas derivadas de provas ilícitas – Projeto do novo Código de Processo Penal.

ABSTRACT: This paper addresses the progress of the demand for control in the production of evidence in the Brazilian criminal proceeding, showing the need to recognize the non-acceptability of evidence that has been illegally obtained, based on the fundamental guarantees established in the 1988 Federal Constitution, a result of the Democratic Constitutional State.

KEYWORDS: Non-acceptability of illegal evidences – Constitutional guarantees – Reform of the Criminal Procedural Code – Principle of proportionality – Evidences resulting from illegal evidences – New Criminal Procedural code bill.

SUMÁRIO: 1. Doutrina, legislação e jurisprudência anteriores a 1988 – 2. A vedação das provas ilícitas na Constituição de 1988 – 3. A reforma do Código de Processo Penal e a disciplina da vedação das provas ilícitas pela Lei 11.690/2008 – 4. A extensão do reconhecimento da ilicitude da prova: a inadmissibilidade das provas derivadas das

ilícitas – 5. O princípio da proporcionalidade e a prova ilícita *pro reo* – 6. As provas ilícitas no Projeto do novo Código de Processo Penal.

1. Doutrina, legislação e jurisprudência anteriores a 1988

Não é nova, no Brasil, a preocupação com os métodos que podem ser utilizados para a obtenção de provas, especialmente no âmbito criminal. Mesmo na falta de preceitos legais expressos, a doutrina processual penal já sublinhava a exigência de limitações à atividade probatória, em face da proteção que a Constituição dá aos direitos e garantias fundamentais.

Lembre-se, nesse sentido, da advertência de Canuto Mendes de Almeida: "todos os gêneros e espécies de prova podem ser objeto de investigação. E devem ser sempre que necessários à descoberta da verdade. A limitação da liberdade investigatória só é admissível quando a discrição e arbítrio policiais possam representar uma injusta lesão a direitos individuais e suas garantias. Por isso, cerceia-se, mui justamente, a liberdade de investigação, quando, por exemplo, envolva invasões domiciliares, buscas e apreensões forçadas, detenções prolongadas (...)".[1]

Também José Frederico Marques observou que existem limitações para a busca da verdade, decorrentes dos princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana, pelo que inadmissível, na Justiça penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar a procura da verdade através de qualquer fonte probatória.[2]

À mesma conclusão chegou Ada Pellegrini Grinover em monografia dedicada às interceptações telefônicas: "é inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas no processo, preconizando pura e simplesmente a punição daquele que cometeu o ilícito (*male captum bene retentum*): significa ela, ao mesmo tempo, a prática de atos ilícitos por agentes públicos ou por particulares e compactuar com violações imperdoáveis aos direitos da personalidade. No Estado de Direito, a repressão do crime

1. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo, Ed. RT, 1973, p. 61.
2. José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1965, p. 294.

não pode realizar-se pela prática de ilícitos, que são frequentemente ilícitos penais".[3]

No entanto, antes da Constituição brasileira de 1988, eram excepcionais e incongruentes as previsões legislativas a respeito da proibição das provas obtidas ilicitamente.

Exemplo disso são as disposições contraditórias do Código de Processo Penal de 1941 a respeito da interceptação de correspondência, que bem revelam a ideologia autoritária daquele diploma: no art. 233, é expressamente previsto que "as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo"; já o art. 240, § 1.°, letra *f*, autoriza a apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, "quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato". Assim, o legislador fez uma distinção – que hoje parece claramente inconstitucional – entre a correspondência do acusado, que poderia ser violada, no interesse da apuração dos fatos, e as outras cartas apreendidas com violação à lei penal, inutilizáveis como prova.

Significativo avanço legislativo ocorreu com o Código de Processo Civil, de 1973, que prevê, no seu art. 332, que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar os fatos, em que se funda a ação ou a defesa".

Assim, para o estatuto processual civil, como anotou Aderbal de Barros, só são admissíveis os meios legais de prova, o que equivale dizer que inadmissíveis os ilegais e, dentre estes, evidentemente, os criminosos, por serem sumamente ilegais.[4]

Na jurisprudência anterior à atual Constituição, a orientação a respeito do tema evidencia significativa evolução.

Como demonstrou Ricardo Cintra Torres de Carvalho, após minuciosa pesquisa em quase 170 acórdãos, é possível afirmar que durante largo período vigorou nos nossos tribunais o que denominou *princípio da veracidade da prova*, segundo o qual a prova era analisada pela carga de convencimento que contém, abstraída a forma de sua obtenção; eventual

3. Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, 2. ed., São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 150.

4. Aderbal de Barros, A investigação criminosa da prova, *RT* 66 (504): 293, 1977.

irregularidade era tida como questão de ilícito administrativo ou penal, a ser apurada na órbita própria, não interferindo em sua admissibilidade.[5]

Exemplo disso são as afirmações constantes de acórdãos dos antigos Tribunais de Alçada e Alçada Criminal de São Paulo: "eventuais maus tratos impostos ao réu não infirmam o valor probante da confissão, que os demais elementos de convicção demonstram ter sido veraz"[6] e "inválida não é a confissão policial, por haver sido prestada mediante espancamento, caso esteja em harmonia absoluta, completa e perfeita com as demais circunstâncias que determinaram a prisão em flagrante do acusado como contraventor do "jogo do bicho", inclusive com a apreensão em seu poder das respectivas listas de apostas".[7]

No entanto, segundo aponta aquela mesma pesquisa, no fim da década de 60, registrou-se acentuada tendência dos tribunais paulistas de considerar que irregularidades praticadas pela Polícia, principalmente em casos de buscas e apreensões em casos relacionados a entorpecentes, contaminavam todo o processo.

Assim, no julgamento da ApCrim 114.135, a 1.ª. Câm. Crim. TJ anotou que "tratando-se de busca domiciliar ilegal, pois realizada sem mandado e lavratura de auto circunstanciado, nos termos da lei processual, o vício de origem contamina a prova, sacrificando a acusação e não autoriza uma condenação penal";[8] do mesmo modo, a 4.ª Câm. do antigo TACrim: "A ilegalidade da busca e apreensão domiciliar, por si só, prejudica, irreparavelmente, a ação penal, independentemente da própria veracidade da acusação. Ao Estado não se pode permitir a violação da lei, a pretexto da colheita de elementos probatórios. Os fins não justificam os meios. O direito de prova, meramente adjetivo, não se sobrepõe às garantias individuais de natureza constitucional substantiva."[9]

5. Ricardo Cintra Torres de Carvalho, A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana, *RBCCrim*, 3(12):162-200, 1995.
6. TASP, ApCrim. 43.797, rel. Azevedo Franceschini, j. 05.02.1964, *RT* 356/293.
7. TACRIMSP, ApCrim. 63.430, rel. Azevedo Júnior, j. 02.03.1967, *RT* 384/255.
8. TJSP, ApCrim. 114.135, rel. Carvalho Filho, j. 20.3.72, *RT* 441/344.
9. TACRIM-SP, Ap. 275.881, rel. Albano Nogueira, j. 19.4.83, *RT* 579/348.

Também significativa, no sentido da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, foi a posição adotada pelo STF em três importantes julgamentos em que fora suscitada a questão da validade de interceptações telefônicas clandestinas: em dois julgados relacionados à matéria civil, de 1977 e 1984, o STF determinou o desentranhamento de gravações de conversas telefônicas clandestinas (*RTJ* 84/609 e 110/798). O mesmo foi decidido, para o processo penal, em 18.12.1986, determinando-se o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações telefônicas feitas por particulares, confessadamente ilícitas (*RTJ* 122/47).

2. A VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A consagração dessa tendência do direito brasileiro levou o Constituinte de 1988 a incluir no capítulo dos direitos e garantias individuais o inc. LVI do art. 5.°, que estabelece: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Trata-se de cláusula que reproduz a ideia desenvolvida pela jurisprudência constitucional norte-americana, no sentido de que somente a vedação absoluta do ingresso no processo da prova resultante de violação dos direitos fundamentais pode servir de obstáculo eficaz às práticas ilegais para sua obtenção.

Como ressalta Ada Pellegrini Grinover, a regra de exclusão estabelece duas balizas para o tema: em primeiro lugar, ao aludir a "provas obtidas por meios ilícitos", refere-se a Constituição à ilegalidade ocorrida no momento em que a prova é *obtida* para ser produzida no processo; momento normalmente anterior e de qualquer modo externo com relação àqueles em que se decompõe o procedimento probatório; em segundo lugar, ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, o constituinte considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção – a inadmissibilidade – para a ilicitude material.[10]

Apesar dos termos categóricos do texto constitucional – o que é reconhecido até mesmo pelos que advogam ser necessário *temperar* a aparente rigidez da norma[11] –, ainda persistem resistências a sua completa

10. Ada Pellegrini Grinover, As provas ilícitas na Constituição. *O processo em evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 51.

11. José Carlos Barbosa Moreira, A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, *Revista Forense*, 337:128.

aplicação, não somente em face de questões adiante tratadas (v. infra, ns. 4 e 5), mas também, especialmente, em relação ao próprio valor da regra de exclusão em opiniões doutrinárias e mesmo em alguns julgados.

Nessa linha, José Roberto Bedaque afirma que "não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas (...) (pois) a repulsa de tal prova, como regra genérica, em nada beneficia o ordenamento jurídico, já violado pelo ato ilegal daquele que a obteve (...) E, com a rejeição de uma prova obtida irregularmente, poderá o julgador ficar sem elementos suficientes para proferir uma decisão justa".[12]

Também na jurisprudência registra-se, em alguns casos isolados, a tendência a não dar completa aplicação ao preceito constitucional, com o argumento de que "a política criminal deve ser orientada no sentido de proteger a sociedade e não o criminoso", assentando-se que "ao vingar a aplicação generalizada da nulidade por provas ilícitas, será simplesmente impossível flagrar um sonegador de tributos, já que é crime que costuma disfarçar-se e raramente é praticado em praça pública".[13]

Apesar disso, e mesmo antes da Lei 11.680/2008 ter introduzido disposições que regulamentam a aplicação da disposição constitucional, os nossos tribunais já vinham dando efetiva aplicação à sanção de inadmissibilidade prevista na Lei Maior, ora não permitindo o ingresso da prova ilícita no processo, ora determinando seu desentranhamento,[14] ou mesmo desconsiderando tal prova no momento da valoração e, em consequência, absolvendo o acusado contra o qual a prova ilícita havia sido produzida.[15]

3. A reforma do Código de Processo Penal e a disciplina da vedação das provas ilícitas pela Lei 11.690/2008

Desde a década de 90 do século passado, diversas propostas legislativas foram apresentadas ao Congresso Nacional visando à reforma

12. José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, 2. ed., São Paulo, Ed. RT, 1996, p. 103-105.

13. TRF-2.ª. Reg., 1.ª. T., HC 95.02.17100-RJ, rel. Des. Chalu Barbosa, *RT* 729/664.

14. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *As nulidades no processo penal*, 11. ed., São Paulo, Ed. RT, 2009, p. 130-131.

15. TJSP, 4ª. Câm. Crim., ApCrim 83.624-3, rel. Des. Dante Busana, *RT* 670/273.

de dispositivos do Código de Processo Penal, inclusive com o sentido de estabelecer uma disciplina mais minuciosa da vedação probatória introduzida pela Constituição de 1988. Essa modificação somente veio a ocorrer em 2008, com a edição da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, nele incluindo também três parágrafos, com o objetivo de regular a matéria.

Assim, o *caput* do novo art. 157 do CPP fornece uma definição do que se deve entender por provas ilícitas: "as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

Essa redação não parece ter sido a melhor: a vedação processual da prova ilícita foi a solução encontrada pelas cortes constitucionais para a proteção de certos direitos e garantias fundamentais, que não devem ceder nem mesmo diante do interesse estatal na obtenção de provas. Trata-se, em resumo, de uma forma especial de tutela destinada a assegurar a efetividade daqueles direitos e garantias.

Daí a distinção, proposta por Nuvulone e acolhida na doutrina, entre *provas ilícitas* e *provas ilegítimas*: as primeiras constituem o resultado de uma violação do direito material, enquanto, nas segundas, o vício decorre da infringência de normas processuais. Outra diferença entre elas decorre do momento em que se configura a ilegalidade: nas ilícitas, ela ocorre quando da sua *obtenção*; nas ilegítimas na fase de *produção*. Também é diversa a consequência dos respectivos vícios: as ilícitas são *inadmissíveis* no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer, devem ser desentranhadas); as *ilegítimas* são nulas e, por isso, a sua produção pode ser renovada, atendendo-se então às regras processuais pertinentes.

Por isso, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O descumprimento da lei processual pode levar à *nulidade* do ato de formação da prova e impor a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573 *caput* do CPP. No caso da prova ilícita, diversamente, o ordenamento *veda* absolutamente o seu ingresso no processo e consequente valoração pelo juiz.

Nos §§ 1.º e 2.º do art. 157 do CPP, a Lei 11.690/2008 introduziu disposições igualmente criticáveis a respeito da extensão dos efeitos da

ilicitude da prova, que serão mencionadas em tópico subsequente (*infra*, n. 4).

No § 3.º do mesmo artigo, o legislador inovou em relação ao que vinha sendo observado na prática judiciária, determinando: "preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente".

O texto afastou-se, nesse ponto, da proposta original contida no PL 4.205/2001, que previa: "preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório". Essa solução era, com todo o respeito, a mais correta, tanto do ponto de vista teórico como sob o aspecto prático.

É que a sanção prevista na Constituição para a prova reconhecida ilícita é a *inadmissibilidade processual*. Isso significa que a prova viciada não pode ter ingresso nos autos do processo; se isso ocorrer, deve ser desentranhada. Mas o mais importante é que, de qualquer modo, não pode ser valorada pelo juiz na decisão (a *inutilizzabilità* do direito italiano).

A impossibilidade de utilização da prova pelo juiz, no processo (*rectius*, em determinado processo) não implica, assim, a necessidade de destruição física da prova ou, mais precisamente, do documento que a contém. É perfeitamente viável que a prova declarada ilícita num determinado processo possa vir a ser utilizada validamente em outro. Pense-se, como exemplo, da situação em que os autores da violação de direito, da qual resultou a prova ilícita, venham a ser processados pelo crime correspondente (tortura, violação de domicílio, interceptação telefônica ilegal etc.). Nesse caso, se inutilizada a prova, como manda a lei, ficaria prejudicada a demonstração do próprio fato praticado para obtê-la. Não se pode descartar, ainda, a hipótese de usar uma prova ilícita *pro reo* em outro processo, como o de revisão criminal.[16]

Diante disso, seria mais razoável que o legislador tivesse acolhido a proposta do PL 4.205/2001, prevendo o arquivamento sigiloso em cartório.

Outra observação parece ainda necessária a propósito desse parágrafo 3.º e diz respeito à sua parte final: "facultado às partes acompanhar o incidente".

16. GRINOVER, Magalhães e Scarance, *As nulidades*..., cit, p. 127-128.

O legislador de 2008 reproduziu aqui, parcialmente, o que consta do art. 9.º, parágrafo único, da Lei 9.296/1996, sobre interceptações telefônicas, que prevê que o incidente de inutilização das conversas que não interessarem à prova seja assistido pelo Ministério Público, *facultada* a presença do acusado ou de seu representante legal.

Mas, como sustentado a propósito em trabalho anterior de autoria coletiva, essa previsão da lei de interceptações é de evidente inconstitucionalidade, sendo *imprescindível* a presença das partes, o que significa, em relação à defesa, do acusado *e* de seu defensor, para garantia da autodefesa e da defesa técnica, ambas constitucionalmente asseguradas.[17]

Assim, também na situação agora disciplinada pela Lei 11.690/2008, a presença do Ministério Público, do acusado e do defensor não pode ser simples *faculdade*, mas é de rigor, diante da importância do ato e de seus possíveis efeitos.

4. A EXTENSÃO DO RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA: A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS DERIVADAS DAS ILÍCITAS

Diante do nosso texto constitucional, a consequência do reconhecimento da ilicitude da prova é sua *inadmissibilidade* (art. 5.º, LVI, da CF/1988): os dados obtidos com violação do ordenamento simplesmente não podem ingressar no processo; se, apesar disso, forem incorporados aos autos, não poderão ser *valorados* pelo juiz.

Dentre as diversas questões que se apresentam nesse tema, uma das mais tormentosas – e que tem merecido particular atenção –, é a relacionada à *extensão* dos efeitos da ilicitude aos elementos probatórios obtidos com violação dos direitos fundamentais tutelados pela regra de exclusão. Em termos práticos, importa verificar se, constatada a infringência a uma regra do ordenamento, deve ser excluída somente a prova assim conseguida, ou, por *derivação*, devem também ser afastadas eventuais outras provas cuja descoberta somente foi possível a partir daquela inicialmente viciada.

Como tantas outras atinentes à matéria, essa questão foi colocada à Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Silverthone Lumber Co.* v. *U.S.*, em 1920, que a partir de então formulou a chamada

17. GRINOVER, Magalhães e Scarance, *As nulidades* ..., cit., p. 178.

fruit of the poisonous tree doctrine ou *taint doctrine*, segundo a qual a regra de exclusão é aplicável a toda prova maculada – direta ou indiretamente –, por uma investigação inconstitucional; inicialmente formulada em relação à aplicação da IV Emenda, tal doutrina foi também posteriormente aplicada em caso de infringência ao *right to counsel* previsto na VI Emenda.[18]

A adoção desse critério não tem levado, entretanto, a uma proibição absoluta da utilização de elementos derivados da prova ilícita pela jurisprudência americana, sendo reconhecidas algumas exceções: assim, tratando-se de uma *independent source*,[19] ou de uma *inevitable discovery*,[20] a prova pode vir a ser considerada, o mesmo ocorrendo quando for possível distinguir o meio de obtenção da prova secundária da ilegalidade inicial (*purged taint*).[21]

O tema também tem sido objeto de consideração pela doutrina[22] e pela jurisprudência alemãs, que, não sem dissensões, tem-se manifestado

18. Jerold H. Israel & Wayne R. Lafave, Criminal procedure: constitutional limitations, 4. ed., St. Paul, Minn., West Publishing, 1988, p. 281, v. ainda Grinover, *Liberdades*... cit., p. 126 e nota 216.

19. A *independent source limitation* foi reconhecida pela Suprema Corte, no caso *Bynum v. U.S.* (1960): o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais que comprovavam seu relacionamento com um roubo; em razão disso, a prova foi excluída porque *derivada* da prisão ilegal; num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do F.B.I.; assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária; v. Israel & LaFave, op. cit., p. 283-4.

20. No caso *Nix v. Williams (Williams II)*, de 1984, a Suprema Corte concluiu que a doutrina dos frutos envenenados não se aplica aos casos em que a prova seria *inevitavelmente* descoberta por uma investigação legal, sem relação com a violação ilegal; v. Israel & LaFave, op. cit., p. 284-6.

21. Foi o que admitiu a Corte Suprema no caso *Wong Sun v. U.S.*, de 1963: após uma série de buscas e prisões ilegais, relacionadas a caso de tráfico de narcóticos, um dos coautores confessou espontaneamente seu envolvimento; entendeu-se, então, que essa confissão voluntária, depois de relaxada a prisão e advertido o acusado sobre seus direitos, atenuou a conexão entre a prisão e a prova obtida, dissipando o vício original; v. Israel & LaFave, op. cit., p. 286-8.

22. Para um quadro das posições mais importantes na doutrina alemã, v. Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Ed., 1992, p. 172 e ss.

contra o chamado *efeito à distância* (*fernwirkung*) em relação à prova proibida: entende o BGH, por exemplo, que se o acusado é confrontado com o resultado de uma gravação ilícita, as declarações daí resultantes não podem ser valoradas como prova; mas, se nas mesmas condições, menciona fatos novos, estes já não constituem prova ilícita. Em sentido contrário, segundo informa Gössel, o tribunal tem reconhecido um *efeito à distância* em casos de interceptação telefônica quando, através de uma operação autorizada para apuração de um dos crimes catalogados, descobre-se uma prova de outro crime, não relacionado entre os que admitem a interceptação.[23]

Apesar das evidentes dificuldades que se apresentam para uma solução uniforme de tais situações, dadas as particularidades de cada caso concreto, parece ser impossível negar *a priori* a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de *causalidade*, mas principalmente em razão da *finalidade* com que são estabelecidas as proibições em análise; de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz; nessa matéria, importa ressaltar o elemento *profilático*, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal.

Nesse sentido, também no Brasil, a orientação consagrada pelo STF no julgamento do HC 69.912-0-RS, em que prevaleceu voto do Min. Sepúlveda Pertence: "... vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas".[24]

23. Karl-Heinz Gössel, As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha, trad. Manuel da Costa Andrade, Revista portuguesa de ciência criminal, 2(3): 436, 1992.

24. Lex-Jurisprudência do STF, 183:290-330, 1994. Em caso anterior, decidido antes da Constituição de 1988, o STF não somente reconhecera a ilicitude de gravações clandestinas, mas também determinara o trancamento do inquérito policial instaurado com base nas mesmas, por inexistirem nos autos outros elementos, não contaminados pelo vício, que justificassem o prosseguimento das investigações (*RTJ* 122/47).

No novo texto do § 1.º do art. 157, o legislador nacional acolheu expressamente a orientação que reconhece a inadmissibilidade processual das provas derivadas da ilicitude inicial, ressalvando, no entanto, duas situações: a) "quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras"; e b) "quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras".

Em relação à primeira situação, era perfeitamente desnecessária a previsão normativa, na medida em que o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de *prova derivada*.

Mas, apesar de redundante, essa parte do texto legal não parece trazer maiores inconvenientes na sua aplicação.

Mais grave foi o equívoco da lei ao consagrar a exceção da *fonte independente*.

Aqui o legislador afastou-se completamente da noção original fixada na jurisprudência americana, que, como visto, supõe que o dado probatório possua efetivamente duas origens, uma ilícita e outra lícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal.

Com efeito, já na parte final do § 1.º, ao empregar o verbo no condicional – "puderem ser obtidas" –, a lei dá a entender que basta a simples *possibilidade* de que a prova viesse a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial.

Não bastasse isso, no § 2.º, aventurou-se o legislador a estabelecer um conceito normativo de *fonte independente* que subverte não só aquela ideia original, mas também coloca em risco a própria *finalidade* da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior.

Ao dizer que "considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova", a disposição analisada abre as portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita possa vir a ser convalidada.

Pense-se, como exemplo extremo, numa confissão obtida mediante tortura e na qual o suspeito indique o local em que se encontra uma prova documental. Realizada uma busca e apreensão, com mandado judicial e com observância de todas as formalidades, o documento é apreendido.

Segundo o entendimento consagrado a respeito da inadmissibilidade da prova derivada, essa segunda prova será também ilícita, uma vez que tem como *causa* uma grave violação de direito fundamental. Mais do que isso, admitir tal prova seria, na verdade, incentivar atividades ilegais, como sublinhado no acórdão do STF proferido no HC 69.912-RS, antes mencionado.[25]

Mas, pelo que se depreende do texto do § 2.º introduzido pela Lei 11.690/2008, nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida de forma regular, bastando que houvesse uma mera *possibilidade* disso. Trata-se, à evidência, de disposição que subverte o espírito da garantia constitucional do art. 5.º, LVI.

Parece ter havido aqui uma confusão do legislador entre as exceções da *fonte independente* e da *descoberta inevitável* consagradas pela jurisprudência norte-americana.

Com efeito, como já anotado, a exceção pela "fonte independente" (*independent source limitation*) foi reconhecida pela Suprema Corte, no caso *Bynum* v. *U.S.*, de 1960, assim resumido: o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais que comprovavam seu relacionamento com um roubo; a prova foi excluída porque *derivava* da prisão ilegal. Num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do FBI; assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária.

Com outra linha de argumentação, no caso *Nix* v. *Williams* (*Williams II*), de 1984, também antes mencionado, a Suprema Corte concluiu que a doutrina dos frutos envenenados também não se aplicava aos casos em que a prova seria *inevitavelmente* descoberta por uma investigação legal (*inevitable discovery*). Na situação então examinada, o acusado havia matado uma criança e ocultado o corpo. Iniciadas buscas pela Polícia, com a ajuda de cerca de 200 voluntários, o acusado fez uma confissão, ilegalmente obtida, indicando a localização do corpo. A Corte considerou ilegal essa confissão, mas válida a descoberta do corpo, pois era inevitável e não tinha relação com a ilegalidade.

Os fundamentos dessas duas exceções à contaminação da prova são evidentemente diversos: na hipótese de haver uma *fonte independente*, a prova derivada tem concretamente duas origens: uma ilícita e outra lícita,

25. Vide supra, nota 23.

de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e, por isso, pode ser validamente utilizado. Já na situação de *descoberta inevitável*, a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, *por hipótese*, que seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita.

A rigor, no primeiro caso (*fonte independente*) nem mesmo seria correto falar em *exceção* à regra de contaminação da prova derivada, pois na verdade o que se exclui é a própria relação de causalidade. Esse é, por sinal, o entendimento do Tribunal Supremo espanhol, que tem aplicado o conceito de fonte independente afirmando que não se dá a contaminação da prova derivada quando for possível estabelecer *desconexão causal* entre a prova que fundamenta a condenação e as obtidas ilicitamente. Daí porque a questão não está colocada como exceção à regra de exclusão, mas como permissão de valoração por não ocorrer derivação de prova inconstitucional.[26]

Assim mesmo, como antes anotado, na situação de *inevitable discovery*, são circunstâncias especiais do caso concreto (como no exemplo do encontro do cadáver) é que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita. Ao contrário disso, o texto legislativo examinado permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, o que esvazia, por completo, o sentido da garantia de inadmissibilidade da prova ilícita.

Em resumo, como está redigido, o texto do art. 157 § 3.º é inconstitucional.

5. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PROVA ILÍCITA *PRO REO*.

A proibição de prova obtida por meios ilícitos ressalta a ideia de que a atividade probatória deve ser limitada diante da tutela conferida pelo ordenamento a outros valores, que se sobrepõem à busca da verdade judicial; enfim é a *ponderação* entre os interesses em conflito que justifica a exclusão.

Essa mesma consideração pode implicar, em outras situações especiais, a prevalência do interesse na obtenção da prova sobre o valor cuja proteção é almejada pela regra de proibição: fala-se, então, em *razoabili-*

26. Sentenças 210/97, 2783/93 e 311/94, citadas por Maximiliano Hairabedián, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, p. 70, nota 178.

dade, ou *proporcionalidade*, como princípio que autorizaria a superação das vedações probatórias.[27]

A apologia desse critério em matéria probatória é muito antiga e, já no sistema das provas legais, a gravidade de certos crimes era invocada como justificativa do instituto da *prova privilegiada*, através do qual se podia qualificar como *plena* (e suficiente, portanto, para a condenação) uma prova meramente indiciária.[28]

Também na obra de Bentham, inspirada pelas concepções utilitaristas da época, aconselhava-se que a *importância da causa* e a *importância da prova para a decisão* fossem um contrapeso para as limitações postas pela lei à investigação dos fatos: "deve-se escolher entre dois males, pois se trata de pesar e comparar o perigo que resulta à justiça em virtude da falta de provas, e o inconveniente que resulta aos indivíduos pelo incômodo a que estão sujeitos para sua prática".[29]

Não são diferentes as razões que inspiram, modernamente, a denominada *teoria da proporcionalidade* em matéria de proibições de prova, sedimentada, sobretudo, na jurisprudência do BGH alemão, com considerável acolhida também em sede doutrinária: afirma-se, em linhas gerais, que a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode justificar o sacrifício dos direitos individuais; à vista disso, entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade.[30]

27. A *proporcionalidade* tem sido igualmente invocada para superar certas exigências relativas à produção da prova, como ocorre em relação à possibilidade de incorporação ao processo de informações fornecidas por testemunhas *anônimas*, que evidentemente escapam ao controle do contraditório. Vide especialmente Klaus Tiedemann, Relación general [apresentada no Colóquio Preparatório do XV Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal], *Revue internationale de droit penal*, 64:800-1, 1993.

28. Giorgia Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena: la crisi del sistema tra Evo Medio e Moderno*, Napoli, Jovene, 1979, p. 25-26.

29. Jeremias Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, Madrid, 1847, p. 358 ss., apud Gonzalez Cuellar Serrano, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el processo penal, Madrid, Ed. Colex p. 21, nota 2.

30. Costa Andrade, op. cit., p. 28-34.

Tal posição não constitui, entretanto, uma unanimidade na doutrina, sendo veementes as críticas daqueles que consideram intolerável uma compressão dos direitos fundamentais para a repressão de determinados delitos, pois isso significa admitir uma banalização dos referidos direitos, cuja eficácia, na matéria examinada, ficaria limitada aos agentes de delitos menos graves, enquanto nas situações de criminalidade mais grave haveria sempre uma frustração da tutela dos direitos fundamentais.[31]

A esses argumentos, cuja validade é induvidosa, poder-se-ia ainda acrescentar que essa disparidade de tratamento conduziria a uma sistemática violação da *presunção de inocência* dos acusados de infrações mais graves, pois à simples imputação já se seguiriam efeitos negativos, não só no âmbito do processo, mas, igualmente, no campo dos direitos constitucionais protegidos pelas proibições de prova mencionadas. Ademais, a qualificação dos fatos, como mais ou menos graves, no limiar das investigações, acabaria fatalmente por abrir um espaço incontrolável à discricionariedade (senão ao arbítrio) dos agentes policiais.

No Brasil, nesse mesmo sentido, é o que se extrai da ementa do HC 80.949-9-RJ, rel Min. Sepúlveda Pertence, julgado pela 1.ª T. .STF, em 30.10.2001: "2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF/1988, art. 5.º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação." Destaca-se ainda do voto do eminente relator: "De resto, graduar a vedação da admissibilidade e valoração da prova ilícita, segundo a gravidade da imputação, constituiria instituir a sistemática violação de outra garantia constitucional – a presunção de inocência – em relação a quantos fossem acusados ou meramente suspeitos da prática de determinados crimes," com referência expressa a este trabalho.

Do mesmo teor, observação constante do voto proferido pelo Min. Celso de Mello, como relator do RHC 90.376-RJ: "Cabe ter presente, também, por necessário, que o princípio da proporcionalidade, em sendo

31. Costa Andrade, op. cit., p. 34-8, com referências aos trabalhos de Grünwald, Hassemer, Wolter e Amelung.

alegado pelo Poder Público, não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Esse postulado, portanto, não deve ser invocado nem aplicado indiscriminadamente pelos órgãos do Estado, ainda mais quando se acharem expostos, a uma nítida situação de risco, como sucedeu na espécie, direitos fundamentais assegurados pela Constituição."

De qualquer forma, não se pode contestar que a ideia de *proporcionalidade* inspira os textos legislativos destinados a dar maior severidade à repressão do crime organizado, do tráfico de entorpecentes, e de outras expressões mais agudas da criminalidade.[32]

Entre nós, o próprio constituinte de 1988 parece ter utilizado tal critério, ao prever a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal *nas hipóteses* e na forma que a lei estabelecer (art. 5.°, XII); e, igualmente, ao considerar certas infrações inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5.°, XLIII e XLIV); trata-se, no entanto, de casos taxativos, não sendo possível inferir sua adoção generalizada, como regra permissiva de outras restrições a direitos fundamentais.

Mas, por outro lado, são semelhantes considerações a respeito da ponderação de interesses que autorizam a admissão da prova ilícita *pro reo*: no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é *superior*.[33]

32. É o caso, por exemplo, da legislação antimáfia italiana (Dec.-lei 306, de 08.06.1992, convertido na Lei de 06.08.1992) e da legislação antiterrorismo de diversos países da Europa ocidental; vide especialmente José Miguel Sardinha, O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal, Coimbra, Coimbra Ed., 1989, p. 56 e ss.

33. Edward J. Imwinkelried, The case for recognizing a new constitutional entitlement: the right to present favorable evidence in civil cases, *Utah Law Review* 1:2-3, 1990.

Por isso, não há incongruência entre a rejeição do critério da proporcionalidade para a prova ilícita *pro societate* e essas últimas afirmações, uma vez que a estatura dos valores confrontados com o direito à prova – o interesse na punição dos delitos ou a tutela da inocência – é diversa; outrossim, pelo menos na experiência brasileira, raros e excepcionais são os casos em que a defesa se serve de meios ilícitos para a obtenção de provas,[34] ao passo que essa mesma prática é sabidamente rotineira na atividade policial.

6. As provas ilícitas no Projeto do novo Código de Processo Penal.

Cabe, por último, fazer referência ao tratamento dado à matéria pelo Projeto de Lei 156/2009, em tramitação no Senado Federal, que propõe um novo Código de Processo Penal para o Brasil.

A referida proposta legislativa disciplina a questão das provas ilícitas em um único artigo, com parágrafo único, que tem a seguinte redação:

"Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.

Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

A preocupação do Projeto foi a de não se afastar da previsão constitucional do art. 5.º, LVI, limitando-se a incluir referência expressa, no *caput*, à prova ilícita por derivação – provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos –, e, ainda, ao arquivamento sigiloso em cartório da prova declarada inadmissível (parágrafo único).

O que se buscou, portanto, foi superar os inconvenientes de certas disposições introduzidas pela Lei 11.690/2008, que revelam equívocos e imprecisões do legislador, já comentados (v. supra, ns. 3 e 4), capazes de comprometer o alcance da previsão constitucional.[35]

34. Em julgamento em que se discutira o desentranhamento dos autos de escritos de próprio punho da vítima, juntados pela defesa do réu, o TJ-SP decidiu que *o direito à defesa ampla não pode ser alargado em demasia, a ponto de ferir direitos outros de terceiros, no caso a própria vítima*; HC 147.774-3/5, rel. Djalma Lofrano, *RT* 698:344-5, 1993.

35. Vide a propósito, Antonio Magalhães Gomes Filho, Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal, *Revista de Informação Legislativa*, 46(183):40-1, 2009.

5
La prisión preventiva en el Código Procesal Penal chileno ¿Un intento de coherencia fallido?

ALBERTO BALBONTÍN RETAMALES

Profesor titular de Derecho procesal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMEN: El trabajo que comparece ante el lector, corresponde a un estudio sobre el régimen de la prisión preventiva que se contiene en el Código Procesal Penal chileno, en vigencia desde el año 2000, de sello proclamadamente garantista. Aborda el estatuto legal vigente, y se hace cargo de las modificaciones introducidas en ocho años de aplicación, poniendo de manifiesto una ruta que se advierte como una regresión hacia una modalidad cautelar más restrictiva de las atribuciones judiciales para ponderar los fundamentos de la privación del derecho a la libertad, que no siempre está subordinada a los fines del procedimiento penal y que, tomando distancia de los principios liberales que inspiraron su origen, aparece ahora respondiendo a la necesidad de las autoridades políticas del Estado, por atender los requerimientos y temores de una población crecientemente sensible a la actividad delictual.

PALABRAS CLAVE: Prisión preventiva – Cautela personal – Chile – Proceso penal – Libertad ambulatoria – Imputado – Garantía – Seguridad ciudadana – Privación de libertad.

ABSTRACT: This paper is a study on the Preventive Custody System included in the Chilean Code of Criminal Procedure in effect since 2000, with a proclaimed stamp guarantee. It addresses the current legal status and the amendments made during its eight year operation, showing a drawback towards a more restrictive and protective mode of judicial powers in order to evaluate the reasons for the deprivation of liberty, which are not always subordinated to the purposes of criminal proceedings and, stepping away from the liberal principles that inspired its foundation, appears currently as a response to the State's political authorities to meet the demands and fears of a population increasingly susceptible to criminal activity.

KEYWORDS: Custody – Personal caution – Chile – Criminal procedure – Freedom of movement – Accused – Security – Public safety – Deprivation of freedom.

SUMARIO: 1. Introducción: 1.1 La esquizofrenia del legislador – 2. Breve emplazamiento dogmático: 2.1 Los presupuestos de la cautela – 3. La prisión preventiva en el Código Procesal Penal chileno: 3.1 La excepcionalidad como principio; 3.2 Características reguladas: 3.2.1 La jurisdiccionalidad; 3.2.2 La provisionalidad; 3.2.3 La temporalidad; 3.3 Requisitos de la prisión preventiva: 3.3.1 De los requisitos para ordenar la prisión preventiva; 3.3.2 De los casos de improcedencia de la prisión preventiva (art. 141); 3.4 Tramitación de la solicitud de prisión preventiva: 3.4.1 Debe ser ordenada en una audiencia; 3.5 Cumplimiento de la medida; 3.6 Prisión domiciliaria; 3.7 Revisión de la resolución que ordenó la prisión preventiva: 3.7.1 La revisión será *facultativa*; 3.8 Reemplazo de la prisión preventiva por una caución; 3.9 Recurso de apelación: 3.9.1 Efecto suspensivo de la apelación en caso de delitos graves; 3.9.2 Recurso contra la resolución emanada del tribunal de juicio oral en lo penal; 3.10 Cesación de la medida; 3.11 Contenido de la orden de prisión o de detención – 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 La esquizofrenia del legislador

Inicio mi exposición agradeciendo la invitación a colaborar en un proyecto del prestigioso Instituto Brasileño de Ciencias Criminales, cuya finalidad es ofrecer un estudio de los sistemas penal y procesal penal existentes en su país y en Chile.

El tema que me ha correspondido abordar es el siempre polémico de la prisión preventiva, que persigue las conciencias de los más connotados juristas de los tiempos modernos. "Nos encontramos aquí con unas de las cuestiones más difíciles de justificar y de fundamentar dentro del marco de un proceso penal garantista", afirma Binder;[1] y desde luego pone de frente a los legisladores con la sociedad y con los principios de la lógica y la razón.[2]

1. BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal*. 1. ed. Buenos Aires: AD HOC, 1993, p. 195.
2. Ferrajoli analiza en su magnífica obra Derecho y Razón, con su reconocido rigor, por qué la prisión preventiva debiera desterrarse completamente del proceso penal. V. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan C. Bayon Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, p. 555.

¿Qué es lo que hace que la prisión preventiva arrastre tan larga historia de controversias y enfrentamiento en los estrados y la literatura, y ahora también en los medios de comunicación?[3]

La respuesta no parece ser particularmente compleja o sorprendente. Se trata ni más ni menos que de reconocer que la prisión preventiva es, de las medidas de aseguramiento de la eficacia del proceso penal, la que más dolorosamente afecta al perseguido –como que se traduce en la pérdida de la libertad por tiempo generalmente indefinido– a la vez que frente a una sociedad como la actual, especialmente sensible a la delincuencia, aparece como la solución más necesaria y *oportuna,* para el *control* eficaz de quien aparece o se presenta como el culpable de los hechos que se someten a la indagación criminal.

Es entonces un escenario de luces y sombras el que se presenta al legislador, quien debe responder, en un estado virtualmente esquizofrénico, a sus principios democráticos y por tanto libertarios, pero a la vez también a sus representados, que aunque no unánimemente pero sí mayoritariamente, exigen endurecer el trato que se debe dar a los que delinquen, incluyendo en dicha categoría a quienes sólo han sido imputados de haber cometido un delito y por lo tanto gozan de la condición jurídica de inocente conforme lo proclama en nuestro país el art. 4 del Código Procesal Penal.[4]

En medio de todo ello se encuentran los jueces, quienes tratando de actuar conforme a sus convicciones, no pueden sino someterse a los dictados legales y por cierto al mérito del proceso en que han sido llamados a intervenir. Y es a quienes, a fin de cuentas, la sociedad reclama protección de sus derechos: unos el de la libertad, otros el de la seguridad. Se enfrentan, en consecuencia, dentro del proceso penal y para resolución de los jueces, la necesidad de investigar y sancionar

3. En Chile abundan los programas de televisión que han sido denominados "realitys policiales", donde la cámara acompaña a las policías en sus desplazamientos y diligencias investigativas.

4. Sin perjuicio de examinar los antecedentes del establecimiento de las leyes que han modificado el régimen de las medidas cautelares en el Código Procesal Penal, a saber, 19.789, de 2002; 20.074 de 2005 y 20.253 de 2008, se podrá encontrar valiosa información relativa esta última, sin duda, la más polémica, en el texto del ex Fiscal Nacional, PIEDRABUENA, Guillermo, *Ley 20.253. Agenda Corta Antidelicuencia*, 1. ed. Santiago: Legis Chile S.A., 2008. En especial, la referencia a las modificaciones al régimen de la prisión preventiva en 145 a 195p.

las conductas anómicas que afectan la convivencia, y la de proteger los derechos del ciudadano que ha sido imputado de dichas conductas.[5]

No es ninguna originalidad destacar que la prisión preventiva se constituye en pena anticipada. Pero es preciso agregar que a veces es una anticipación infundada y por tanto profundamente injusta –aun en la lógica de la propia defensa de esta cautelar como una forma de asegurar la eficacia del proceso penal– ya que es claro que hay casos en que aun cuando el sujeto termine siendo condenado, no habría debido sufrir la privación de su libertad durante el proceso. De modo que lo que se puede afirmar ya, es que, acogiendo o no la inquietud de la opinión pública por la delincuencia –que conforme se ve en el Gráfico 1, constituye el primer motivo de preocupación ciudadana en Chile según encuesta mayo-junio de 2009– el legislador debe enfrentar el problema de incorporar esta medida al sistema procesal penal, pero resguardando que el uso que se pueda hacer de ella no exceda los máximos temporales indispensables y razonables y, más aún –con reserva de parte de la doctrina[6]–, respetando los supuestos que la justifican, como son la necesidad de resguardar el peligro de alteración o pérdida de las pruebas, y el peligro de fuga del imputado.

2. Breve emplazamiento dogmático

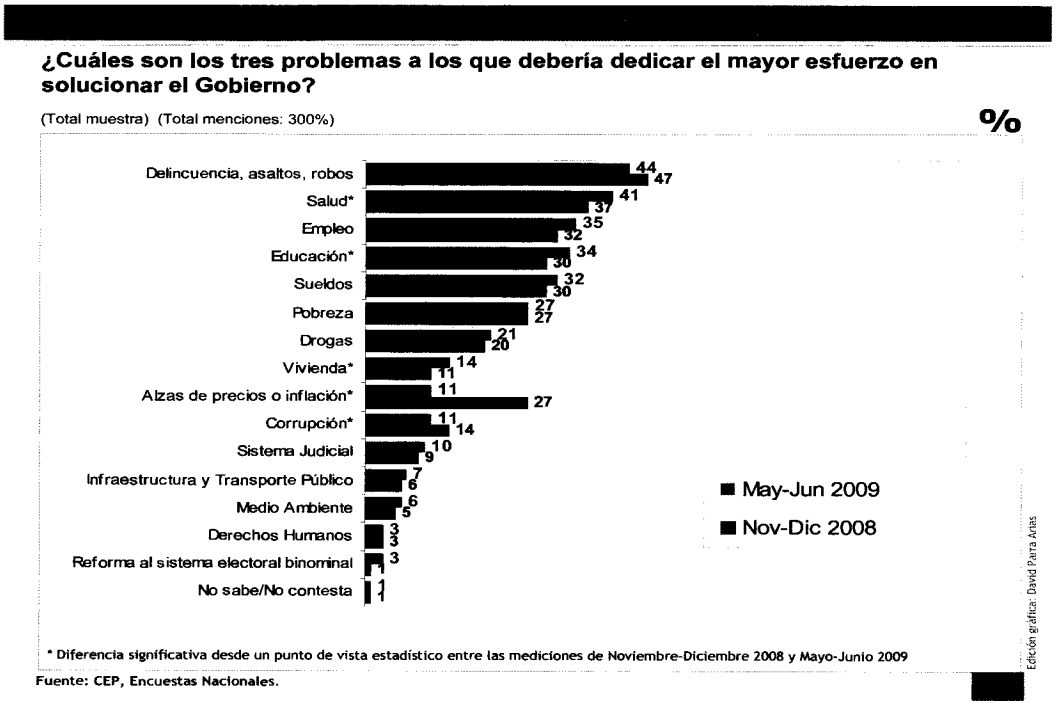
2.1 Los presupuestos de la cautela

Aún cuando el presente informe debe limitarse a describir el estado de situación de la prisión preventiva en Chile, parece conveniente dedicar algunos párrafos a contextualizar la figura en el campo de la dogmática.

Si reconocemos que el proceso es el instrumento mediante el cual se actúa el derecho sustantivo, las medidas cautelares a su vez constituyen un instrumento puesto al servicio de la eficacia de aquél. De allí es que Calamandrei las haya calificado como instrumento elevado al cuadrado.[7]

5. Roxin lo expone de la siguiente forma: "En un Estado de Derecho (...) la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines –aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano–." Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, 25. ed., 1.ª reimpresión en castellano, Buenos Aires: Editores Del Puerto s.r.l., 2001, trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, p. 258.
6. Ver nota 2.
7. Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. ARA Editores, Lima, 2005, p. 45.

GRÁFICO 1



Fuente: Encuesta Centro de Estudios Públicos. Encuesta Nacional de Opinión Pública, Mayo-Junio 2009. (www.cepchile.cl/dms/lang_1/cat_443_pag_1.html).

La función que cumplen las medidas de cautela dentro de un proceso jurisdiccional no difiere esencialmente en un proceso civil y en un proceso penal. En ambos casos se trata de asegurar la eficacia del mismo y de su resultado. Sin embargo en el proceso penal las medidas de cautela personal tienen una finalidad más inmediata, pues no sólo se trata de garantizar el resultado de la acción penal (parafraseando al art. 290 del Código de Procedimiento Civil) mediante la presencia efectiva del imputado a la hora de imponer el cumplimiento de la pena, si fuere el caso, sino que además están destinadas a mantenerlo a disposición del tribunal para la realización del juicio, cuya legitimidad está condicionada a la presencia del acusado durante su celebración. Lo anterior, sin perjuicio de los requerimientos propios de la investigación, como evitar que altere o destruya las fuentes de prueba. Pero el caso es que, cuando las cautelares personales se manifiestan a través de la privación de la libertad, su aplicación aparece, en la práctica, como una anticipación de la pena.

Además, cumplen un tercer objetivo, extra procesal, cual es controlar en lo inmediato, la acción de la delincuencia. Es decir, en ese caso no cumplen una función propiamente cautelar, sino preventiva, lo cual, por cierto, excede los fines del proceso penal y lo convierten en un instrumento de control social.[8]

En el proceso penal, los presupuestos de las medidas cautelares reconocidos por la doctrina, que son el "fomus boni iuris" y el "peri-

8. En la última ley modificatoria del Código Procesal Penal, 20.252, de 2008, que toca entre otros al régimen de prisión preventiva, llamada por sus críticos "la contrarreforma", justifica el Ejecutivo la introducción de diversas disposiciones que van en la línea de endurecer el trato a los imputados en los siguientes términos: "Pese a todos los avances que nuestro país ha logrado en materia de modernización de su sistema de enjuiciamiento criminal; de la eficiente gestión del Ministerio Público en la persecución penal; la variada legislación aprobada por todos los sectores políticos representados en el Congreso Nacional; y el reforzamiento humano y material de las policías, *la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de temor.*

"Por ello, el Ministerio del Interior en conjunto con el Ministerio de Justicia, analizaron la forma en que las normas del nuevo proceso penal están siendo aplicadas, *con el objeto de detectar aquellas situaciones que permitan que delincuentes habituales o peligrosos se encuentren en libertad o*

culum in mora", se traducen en la "imputación" y en el "peligro de fuga", respectivamente.[9]

En el proceso civil, el primero dice relación con la materialidad de la pretensión. Importa exigir una primaria convicción del juez de que el derecho que se está invocando por el solicitante cuenta con suficiente fundamento fáctico, y con el amparo del ordenamiento jurídico para reclamarlo. Por lo tanto, permite al juez presumir que la acción deducida será acogida.[10]

Llevado el tema al plano del proceso penal, donde ese presupuesto se convierte en la *imputabilidad*, se trata de que el órgano jurisdiccional pueda ordenar la medida sobre la base de antecedentes que lo convenzan *prima facie*, sobre la probabilidad de que el hecho punible existe y que el destinatario de la medida ha tenido participación en él como autor, cómplice o encubridor.

A su vez en el proceso civil, el *periculum in mora* (peligro de la demora) comparece cada vez que existen antecedentes que permiten suponer que aquel en contra de quien se ordena la medida, no ofrece garantías de que cumplirá la sentencia, y que durante el tiempo que medie entre el inicio del juicio y el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria, podría realizar actos que volvieran inocuo el pronunciamiento jurisdiccional (deshacerse u ocultar su patrimonio, destruir, ocultar o dañar la cosa objeto de la demanda etc.).[11]

En el campo del proceso penal, en que el presupuesto se convierte en el *peligro de fuga*, se trata de que el juez adopte una medida de cautela

la recuperen fácilmente, y propongan aquellas modificaciones legales que den solución a esas falencias."

Continúa luego, "*Todas esas situaciones son las que contribuyen a incrementar la sensación de inseguridad, y dan cuenta de hechos graves o de sujetos que han hecho del delito una actuar constante.*" (destacados nuestros).

9. GIMENO, Vicente, et al. *Derecho procesal*, t. II, 4. ed, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1992, p. 354 .

10. Ello, evidentemente, importa un prejuzgamiento que se legitima por el fin al que apuntan las cautelares, cual es asegurar la eficacia del proceso jurisdiccional.

11. La citada es la principal, pero hay también otras causales que se ajustan al presupuesto. No olvidamos que hay casos en que, en materia civil, es admisible la cautela aun fuera de consideraciones personales del demandado, *v. gr.*, el art. 293, n. 3, del Código de Procedimiento Civil.

personal cuando los antecedentes concretos del caso, o del imputado, le hagan presumir que no está asegurada su disposición a presentarse ante el tribunal cuando se le requiera para el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria, o para alguna diligencia del procedimiento. Al efecto, el juez deberá considerar, entre otros elementos de juicio que le propone el legislador, la gravedad del delito, la naturaleza de la pena posible de aplicar, el arraigo que tenga el imputado en la comunidad, etc. O sea, el juez habrá de hacer un ejercicio intelectual, poniéndose en el lugar del imputado, y ponderar las ventajas y desventajas que tendría para éste mantenerse a disposición del tribunal, o para evadir la acción de la justicia. También se considera legítima causal de la prisión preventiva, que exista riesgo de que el imputado realice acciones que atenten contra la eficacia de la investigación, como alterar o destruir pruebas o influir en testigos.

3. La prisión preventiva en el Código Procesal Penal chileno

3.1 La excepcionalidad como principio

Es el propio texto legal el que eleva esta característica a la categoría de principio cuando incluye el artículo 122 dentro del párrafo 1.º denominado "Principio general", del Título destinado a reglamentar las "Medidas cautelares personales". Dicho artículo, cuyo inciso primero declara "Las medidas cautelares personales *sólo* serán impuestas cuando fueren *absolutamente indispensables* para asegurar la realización de los fines del procedimiento (...)" (destacados nuestros), da cuenta del espíritu garantista y de apego al principio de presunción de inocencia[12-13]

12. No hay unanimidad en la doctrina acerca de la denominación. En definitiva, la discrepancia deriva de la concepción que se tiene de la fórmula. Hay quienes la califican del modo tradicional: *presunción de inocencia*. Por todos, Meneses, Claudio. *Racionalidad en el juicio penal y presunciones legales*. Publicado en el libro colectivo *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del Derecho penal*, Santiago, Legal Publishing, 2008, p. 53-85. En tanto que hay quienes la catalogan de *principio de inocencia*. Por todos, Guzmán, José L. *Las presunciones de responsabilidad penal: su vigencia o invalidación relativamente al sistema de enjuiciamiento criminal*, en la *Revista procesal penal*. Santiago, n. 47, 2006, p. 9-17. Sin entrar en el debate, por exceder los límites de nuestro informe, nos limitamos a señalar que ocuparemos la denominación tradicional, en obsequio al texto legal que comentamos.

13. Bovino, luego de calificarla de *principio*, la define como "una exigencia normativa que requiere que toda persona sea considerada inocente hasta

que anima al legislador, en cuanto proclama la aplicación de las medidas cautelares únicamente a los casos en que sean "absolutamente indispensables" para asegurar la consecución de los fines del procedimiento.

Esa proclamación concreta la intención, ya anticipada en el mensaje del Código (párrafo 57), cuando refiriéndose a la necesidad de regular las medidas de cautela personal para hacerlas coherentes con los principios inspiradores del sistema, declara: "En lo fundamental, este rediseño de las medidas cautelares se basa en la afirmación de la excepcionalidad de las mismas".

Es evidente que el Código Procesal Penal apunta a modificar la funcionalidad que tradicionalmente ha tenido la detención y en especial la prisión preventiva en nuestro sistema de enjuiciamiento penal. Estas medidas eran aplicadas por nuestros tribunales[14] no sólo para "asegurar la realización de los fines del procedimiento", es decir, para mantener al imputado a disposición del tribunal durante el desarrollo de la investigación y al momento de la ejecución de la sentencia condenatoria, sino también como una forma de control de la delincuencia.[15]

De la exposición contenida en el Mensaje, de lo prescrito en el artículo 122 que comentamos y, por cierto, del contexto de toda la

tanto no se obtenga el pronunciamiento de una *sentencia condenatoria firme* que destruya el estado jurídico de inocencia que el ordenamiento jurídico reconoce a todos los seres humanos.". BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Editores del Puerto s.r.l., 1. ed., 1.ª reimpresión, Buenos Aires, 2005, p. 130.

14. Es preciso aclarar que en el modelo regulado por el Código de Procedimiento Penal, en vigencia desde 1906, el juez cumplía un rol de investigador, acusador y juzgador; de modo que el "éxito de su trabajo" dependía casi exclusivamente de su eficacia como investigador, y por tanto también de los resguardos (cautela) que adoptara para que el imputado estuviera a su disposición. De ese modo quien resolvía sobre la libertad del imputado tenía más incentivos para privarlo de libertad que para reconocerle tal derecho. Cfr. RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio, *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Santiago. 2009. 150 p. www.cejamericas.org.

15. Lo que implica desviar "los fines del procedimiento", si se tiene en cuenta que el proceso penal está destinado a regular la actuación represiva del Estado frente a hechos probados y atribuidos, mediante sentencia judicial, a persona determinada, y no a prevenir la continuación de una conducta delictiva de aquél contra quien sólo existen sospechas o presunciones.

normativa del Código, queda de manifiesto que en el nuevo sistema, las medidas de cautela personal no podrán ser aplicadas con la liberalidad con que se hacía bajo la vigencia del régimen precedente. El reconocimiento expreso de la presunción de inocencia (art. 4), elevada a la categoría de principio básico del procedimiento, juega un papel muy relevante en el diseño del nuevo proceso penal; y debe hacerlo también en su aplicación, restringiendo el criterio de interpretación de la causales que autorizan la aplicación de una medida cautelar.

Junto a la citada disposición, cabe considerar que el tratamiento específico de la prisión preventiva en el Código se inicia con una declaración de principios, cual es que "toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual" (art. 139). Esta norma no hace más que llevar al campo del enjuiciamiento penal el precepto contenido en el art. 19, n. 7, de la Constitución Política disposición que, evidentemente, tiene un alcance mucho más amplio.

A partir de esa proclamación del derecho a la libertad y seguridad personal, el Código establece en el mismo artículo una segunda regla fundamental, según la cual la prisión preventiva debe ser aplicada cuando ninguna otra medida de cautela resulte idónea para el cumplimiento de los fines del proceso penal, la seguridad del ofendido o de la sociedad; precepto que es coherente con la norma general del art. 122.[16]

16. El propósito de reducir la frecuencia con que se recurría a este medio de aseguramiento de la persona del imputado parece haberse conseguido, no obstante las modificaciones que referiremos más adelante, las que apuntan a reducir las restricciones impuestas para ordenar esta cautela. En su informe sobre la prisión preventiva en América Latina, Riego y Duce, reconocen el fenómeno e incorporan cuadros estadísticos que dan cuenta de esta reducción. Así, se refieren al porcentaje de imputados sometidos a esta cautelar en los años 2004 con un 19,1 %, 2005 con un 18,6 % y 2006, con un 11,7 % del total de imputados a quienes se les había formalizado la investigación. (La formalización es la comunicación que hace el fiscal al imputado, en presencia del juez de garantía, de que esta realizando una investigación en su contra por un delito determinado). Es del caso anotar que en números absolutos las cifras han aumentado, sobre cuyas razones no nos detendremos en este trabajo. Asimismo los autores muestran un cuadro comparativo entre presos condenados y presos en prisión preventiva, donde se puede observar las siguientes cifras: al año 2000 un 48,5% de los privados de libertad estaban en prisión preventiva y un 51,5% lo estaban por condena. Esas cifras, al año 2007, eran de 24,0% y 76,0%, respectivamente. Op. cit., p. 174-178.

Es posible concluir, por tanto, que el juez debe aplicar las medidas de cautela personal con un criterio de progresión, según cuáles sean las circunstancias concretas del hecho que se investiga y de la persona que aparece comprometida en él, de manera que la prisión preventiva sea aplicada como un recurso extremo y excepcional (*ultima ratio*) para garantizar el cumplimiento de alguno de los objetivos señalados.

A los cinco años de vigencia del Código Procesal Penal el legislador amplió los supuestos que autorizan la prisión preventiva. En efecto, conforme al texto original, la prisión preventiva reconocía legitimidad únicamente si con ella se aseguraba el cumplimiento de los fines del procedimiento. De acuerdo al texto modificado, también la justifican la necesidad de garantizar la seguridad del ofendido o de la sociedad; con lo cual ya no sólo permiten su adopción las necesidades del procedimiento, sino también la peligrosidad del imputado.[17] El tema fue debatido en el trámite parlamentario[18] concluyéndose que el texto del art. 139, tal como estaba establecido, aparecía más restrictivo que la propia Constitución, cuyo art. 19, n. 7, letra e), admite la privación o restricción del derecho de libertad con el fin de conseguir cualquiera de los tres objetivos señalados.

Con todo, no deja de llamar la atención que al modificarse el texto constitucional por la Ley 20.050 (Diario Oficial de 26 de agosto de 2005), sus autores no hayan advertido que la disposición recién mencionada termina en su inciso primero declarando "La ley establecerá los requisitos para obtenerla [la libertad]". El problema es que el propio constituyente ha proclamado, en el encabezado del numeral, "el derecho a la libertad personal", para luego en la letra e) fijar las causales por las cuales esta podrá ser restringida, y finalmente encargar a la ley, es decir al Código Procesal Penal, la regulación de los requisitos y modalidades bajo las cuales el individuo libre e inocente, imputado de un delito, podrá ser *privado* de libertad. Lo que se concluye es que (¿otra manifestación de esquizofrenia?), el constituyente siguió discurriendo con la lógica del viejo Código de Procedimiento Penal donde la prisión preventiva era

17. En un trabajo elaborado por la Fundación Konrad Adenauer y el Servicio Paz y Justicia de Uruguay, se plantea la cuestión de si corresponde considerar como de naturaleza cautelar la prisión preventiva que se autoriza por razones de peligrosidad del imputado, citándose como ejemplo el artículo 140 del Código Procesal Penal chileno. V. GARDERES, Santiago, VALENTIN, Gabriel. *Bases para la reforma del proceso penal*, Montevideo. Servicio Paz y Justicia. 2007, p. 134.

18. Informe de la Comisión Mixta de senadores y diputados.

una consecuencia automática de la resolución que sometía a proceso al inculpado,[19] luego de lo cual el juez debía examinar los antecedentes para resolver si le otorgaba o no la libertad y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones, a saber, con o sin caución. En esas circunstancias el precepto constitucional aparecía perfectamente coherente con la ley a la que remitía. Pero bajo el actual régimen, en que si bien el Código Procesal Penal cohabita con el anterior Código, de corte inquisitivo,[20] lo propio hubiere sido que se modificara la norma constitucional, de modo que razonara sobre la base del principio bajo el cual se regula el nuevo sistema de enjuiciamiento penal; esto es, el de la libertad, como consecuencia de la proclamada presunción de inocencia, y no mantener un texto que trasunta el carácter inquisitivo precedente.[21]

3.2 *Características reguladas*

Asociadas a la excepcionalidad de la prisión preventiva, y siguiendo el texto que se comenta, se pueden predicar 3 características, a saber, las de jurisdiccionalidad, provisionalidad y temporalidad. No desconocemos, con todo, que el código considera también a las dos primeras dentro del artículo 122 que, como se ha dicho, está contemplado dentro del párrafo denominado "Principio general". Creemos, no obstante, que si ha de destacarse una regla que sea considerada con propiedad en la categoría de principio, debe ser la de la excepcionalidad, puesto que cubre y justifica la presencia de las otras características señaladas.

3.2.1 *La jurisdiccionalidad*

La jurisdiccionalidad está prevista en el inciso 2.° del art. 122 al señalar que: "Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada".

19. Más antiguamente, aunque no tanto, se lo declaraba *reo*, denominación que fue desechada por la carga tan desdorosa que implicaba el término.

20. Por una disposición transitoria de la Constitución Política de la República, actualmente octava, se establece que el régimen de enjuiciamiento penal contenido en el Código Procesal Penal y demás leyes complementarias, se aplicarán a los hechos acaecido con posterioridad a su entrada en vigencia; con lo cual los hechos que ya estaban siendo investigados o que surgieren con posterioridad, pero se estableciere su ocurrencia anterior a la entrada en vigencia del nuevo sistema, serán sometidos al procedimiento antiguo.

21. En el mismo sentido v. MARIN, Juan C. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno, en la *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, n. 1, 2002, p. 9-54.

Esta disposición guarda concordancia con uno de los que el Código llama "Principios básicos", concretamente, el contemplado en el art. 9, que impone la intervención jurisdiccional, entre otros casos, para la aplicación de medidas cautelares. A lo anterior se suma como norma inspiradora del sistema, el art. 19, n. 7 letras b) y c) de la Constitución Política.[22]

La jurisdiccionalidad prevista en el artículo 122 condiciona la aplicación de las medidas cautelares a la decisión de un órgano jurisdiccional. Por lo tanto, por principio, ninguna otra autoridad o persona está legitimada para adoptar una medida de esta naturaleza. Lo anterior no excluye que en circunstancias excepcionales la policía o los propios particulares, puedan *practicar* la detención de una persona, pero siempre para el efecto de ponerla, de inmediato, a disposición del tribunal.

El Código Procesal Penal y la legislación asociada a lo que se ha llamado la Reforma Procesal Penal, innova de manera radical la situación existente hasta la vigencia del nuevo sistema, en cuanto la única autoridad actualmente facultada para ordenar una medida privativa de libertad (detención) es la autoridad judicial. Con todo, el régimen de *prisión preventiva* no ha sufrido modificación en este sentido, puesto que su adopción ha estado siempre radicada en las facultades que tiene el tribunal que está conociendo de la causa.

Lo importante en este sentido es destacar que la prisión preventiva está autorizada como medida cautelar bajo la condición de concurrencia de varios requisitos cuya presencia en cada caso concreto sólo puede ser ponderada por el juez de garantía, o en su caso, por el tribunal de juicio oral en lo penal, cuestión que no es baladí por la complejidad del análisis fáctico y jurídico que la mayoría de las veces habrá de llevarse a cabo cuando se solicite la adopción de esta cautelar[23] y dando por establecida la grave afección del derecho de libertad del imputado.

22. Que señalan respectivamente: "Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes" y "Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley (...)".

23. Ferrajoli, no obstante, rechaza la idea de que la jurisdiccionalidad legitime la prisión preventiva o como la calificamos, sea una característica de ésta. Afirma, en efecto, que el principio de jurisdiccionalidad "no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un *juez*, sino poder serlo sólo sobre la base de un *juicio*" (destacados del mismo autor). Op. cit., p. 555.

3.2.2 *La provisionalidad*

La provisionalidad se contempla en la frase "... sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación", prevista en la parte final del inciso primero del artículo 122.

Es evidente que ninguna medida cautelar debe durar más tiempo que el estrictamente necesario para conseguir el fin específico que justificó su adopción. Hay que considerar que el efecto concreto de ellas importa una invasión grave en la esfera jurídica del afectado, consecuencia que es tanto más dramática cuando esa invasión se manifiesta en la privación o restricción de la libertad ambulatoria. Por lo tanto, así como el órgano jurisdiccional deberá ser particularmente riguroso en el control de los motivos que determinan la adopción y la elección de la medida que menos lesione los derechos del imputado (presuntamente inocente), y que para la prisión preventiva están establecidos en el artículo 140, complementado con el 141, habrá de ser cuidadoso también en disponer su cesación tan pronto como haya desaparecido cualquiera de los presupuestos que las legitiman. Se hace aplicable a su respecto la regla *rebus sic stantibus*.[24]

Desde luego, el Código regula de manera muy rigurosa la duración de las medidas, en especial de la prisión preventiva, estableciendo, según veremos luego, garantías procesales para que el imputado no permanezca en prisión más tiempo del estrictamente indispensable.

3.2.3 *La temporalidad*

La temporalidad de las cautelares viene asociada a la exigencia de la duración breve que debe tener todo proceso jurisdiccional[25] para conseguir una decisión que sea no solo justa, sino también oportuna.[26]

24. GIMENO, op. cit., p. 348.

25. El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de la ONU, de 1966, declara en su artículo 14, n. 3 literal c) que toda persona tiene derecho a ser juzgada *sin dilaciones indebidas*. A su vez la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, proclama en su artículo 8 que toda persona tiene derecho a ser oída dentro de *un plazo razonable* en la sustanciación de cualquier acusación penal (destacados nuestros). Ambos documentos internacionales son citados como *fuentes* en el Mensaje con que el Ejecutivo envió el proyecto de Código Procesal Penal al legislativo.

26. Calamandrei, con su finura proverbial, observa que "las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación;

Por cierto, en materia de prisión preventiva esta característica se vuelve particularmente relevante, pues a las presiones de la opinión pública que ya se han comentado, el Estado debe responder enjuiciando y condenando, si fuere el caso, dentro de los plazos más breves posibles, de modo que los fines del Derecho Penal se cumplan tanto en lo que se refiere al castigo al culpable, pero también en cuanto dicho castigo, mientras más cerca del hecho se aplique, mayores efectos disuasivos tendrá sobre el resto de la población. Tanto o más importante que lo dicho es en fin, que si el imputado en definitiva resulta absuelto, el sufrimiento que habrá debido enfrentar será menor. El proceso penal ya es en sí un castigo se ha dicho. Es por ello que no resulta coherente que se postule como principio que el proceso penal debe durar un tiempo razonable, y en cambio la prisión preventiva no tenga un límite temporal; considerando que su adopción sólo se legitima por la necesidad de favorecer un juzgamiento rápido, que no se vea entorpecido por la ausencia del imputado o por las maniobras desleales que pudiere efectuar para dificultar la investigación.

El Código no explicita la temporalidad como lo hace con las anteriores características reseñadas, pero sí le destina una disposición que la aplica, y que será glosada más adelante.

3.3 Requisitos de la prisión preventiva

El texto legal contempla dos disposiciones que se vinculan con la decisión de tribunal de decretar la prisión preventiva, a saber, los artículos 140, cuyo epígrafe es "Requisitos para ordenas la prisión preventiva", y 141, que trata de los casos en que se proclama la improcedencia de esta cautelar, aunque, como se verá, deja igualmente abierta la posibilidad de ordenarla aún cuando concurran las circunstancias en él contempladas. Trataremos por separado ambas disposiciones.

3.3.1 De los requisitos para ordenar la prisión preventiva

Entre otras, el art. 140 sufrió dos modificaciones por la ley 20.253, de 2008, que aparecen como formalmente menores, pero que reflejan la tensión que produce en la sociedad el régimen bajo el cual se organiza el instituto de la prisión preventiva, y de la cual el legislador se ve en

entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde" (destacado nuestro) CALAMANDREI, op. cit., p. 43.

la necesidad de hacerse cargo. En efecto, se intercala el adverbio "especialmente" en el inciso segundo y se suprime el adjetivo "graves" en el inciso final. Con esos cambios se da a esta disposición –central en el estatuto libertario del nuevo proceso penal– una fisonomía diferente de la que ofrecía el texto original, puesto que otorga mayor holgura a los requisitos bajo la cuales un juez de garantía puede acceder a esta medida cautelar. Dicho de otro modo, los fundamentos materiales sobre los cuales se puede sostener y obtener la medida se amplían, facilitando que la acusación obtenga un resolución favorable a la solicitud de privación de libertad.

El adverbio "especialmente" se agregó a los casos que la disposición señala como de riesgo para el éxito de la investigación, trasuntando la idea de que el juez de garantía podrá (en verdad trata de que se entienda como un imperativo legal, es decir, *deberá*) decretar la medida cada vez que concurra alguna de las circunstancias previstas en inciso segundo de la disposición

Por su parte, el inciso final fue modificado en el sentido de eliminar el calificativo "grave" a los elementos de riesgo para la seguridad del ofendido que el juez de garantía deberá tener en consideración para resolver sobre la privación de libertad del imputado. De tal modo que cuando examine las circunstancias de peligro que su libertad podría generar a la seguridad del ofendido, ya no estará la exigencia de *gravedad* que imponía el texto anterior.

Los requisitos pueden clasificarse en dos categorías: formales y materiales

3.3.1.1 Requisitos formales

3.3.1.1.1 Resolución judicial – Este requisito guarda armonía con la disposición contenida en el artículo 9 que, como principio general de la regulación procedimental penal, exige autorización judicial previa cada vez que se trate de ejecutar una actuación que prive, restrinja o perturbe el ejercicio de derechos del imputado, como en este caso, aunque también la hace extensiva al caso en que el afectado sea un tercero.

Asimismo, corresponde tener presente otro de los principios básicos, cual es el de la *legalidad de las medidas privativas o restrictivas de la libertad*, previsto en el artículo 5.°, en cuanto se trata de que ninguna otra autoridad distinta del juez de garantía (artículo 70) podrá ordenar la prisión preventiva del imputado.

3.3.1.1.2 Que la investigación haya sido formalizada – La formalización de la investigación está definida en el artículo 229 como la "comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos". Si bien esta diligencia no reviste ninguna complejidad sustantiva, tiene sin embargo particular relevancia por los efectos que produce al interior del proceso. Uno de ellos es que a partir de ese acto procesal se pueden adoptar medidas cautelares contra el imputado.

En el sistema del Código Procesal Penal la formalización se concibe como un trámite que tiene un fundamento y un propósito garantista, en cuanto con ello se busca asegurar a las personas que no se harán investigaciones clandestinas en su contra. Al introducir este trámite, el Estado se compromete a comunicar formalmente al afectado toda investigación penal que esté realizando a su respecto, de modo que pueda éste adoptar las medidas de defensa y protección que estime pertinentes.

3.3.1.1.3 Solicitud de interesado – Puede ser el fiscal o el querellante. No se admite la facultad del órgano jurisdiccional de actuar de oficio en este trámite. No basta, empero, que el solicitante formule simplemente una petición, sino que el Código le impone la carga de acreditar la existencia de antecedentes y fundamentos que justifiquen su petición y legitimen la medida que pudiera adoptar el tribunal.

En efecto, el art. 140 dispone que se podrá decretar la prisión preventiva "siempre que el solicitante acreditare que se cumplen los siguientes requisitos...".

Ello implica que si bien la decisión está supeditada exclusivamente al criterio del órgano jurisdiccional, éste la adoptará en función de la calidad de los antecedentes que aporte el interesado. El tribunal bajo ninguna circunstancia podrá ordenar diligencias que busquen justificar su decisión. Su rol está circunscrito exclusivamente a ponderar los antecedentes proporcionados por el solicitante y, en su mérito, acoger o rechazar la petición.

3.3.1.2 Requisitos materiales

3.3.1.2.1 Concurrencia de antecedentes que justifiquen la existencia del delito.

3.3.1.2.2 Concurrencia de antecedentes que permitan presumir fundadamente la participación del imputado como autor, cómplice o encubridor.

3.3.1.2.3 Concurrencia de antecedentes que permitan al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga. A este requisito se ha denominado necesidad de cautela.

Aunque el propósito de este informe no es la comparación entre el antiguo y el nuevo régimen de enjuiciamiento penal, haremos algunas observaciones generales en esa línea que, creemos, permitirán comprender mejor el cambio cultural que significa el paso de un sistema a otro, y las dificultades que ha encontrado el legislador para mantener la coherencia del nuevo modelo así como la conservación de los principios que inspiraron su adopción.

Aparentemente, no hay una diferencia sustancial entre las condiciones previstas por el Código de Procedimiento Penal (antiguo) y las que consagra el Código Procesal Penal para decidir sobre la prisión preventiva. En ambos casos debe estar justificada la existencia del delito, haber antecedentes que permitan sospechar de la participación del imputado en el hecho, y que la libertad de éste pueda ser peligrosa para el éxito de la investigación, para la sociedad o para el ofendido.

Los parámetros fijados por el legislador para servir de orientación al tribunal son muy similares en ambos casos. Hay que señalar que el texto del art. 363 del Código de Procedimiento Penal fue modificado el año 2000. O sea después que la discusión parlamentaria del Código Procesal Penal había sensibilizado a la sociedad y al legislador acerca de la importancia de incorporar en la ley y en la práctica los principios de libertad e inocencia del imputado, por lo que se incorporó una redacción similar en ambos textos.

Con todo, existe una diferencia sustancial y notable en el *orden secuencial* de los elementos que culminan en la prisión preventiva.

En efecto, mientras en el sistema del Código de Procedimiento Penal los elementos se ordenan a partir del procesamiento –y su consecuencia *automática* que es la prisión preventiva– para luego aplicar los criterios de peligrosidad para la investigación, la sociedad o el ofendido, y en función del resultado de ese análisis resolver si *se concede la libertad*

provisional –figura que desaparece en el Código Procesal Penal–, en el sistema de este Código se parte del reconocimiento efectivo del principio de presunción de inocencia, que se traduce en el derecho permanente a la libertad. Por lo tanto, *se autoriza la privación de la libertad sólo si concurren los requisitos de peligrosidad antes mencionados*. De lo dicho se desprende de manera clara que la lógica de uno y otro sistema es radicalmente distinta, aun cuando formalmente se utilicen los mismos factores y similares términos para resolver sobre la prisión preventiva o la libertad. Esa distinta concepción queda más de manifiesto aún, cuando el Código Procesal Penal, en el art. 146, contempla el reemplazo de la prisión preventiva por una caución. O sea no hay libertad "provisional" bajo fianza a la usanza antigua, sino que libertad a secas, y una medida cautelar alternativa a la prisión preventiva, consistente en una caución real o personal, que el Código regula bajo el epígrafe "Caución para reemplazar la prisión preventiva" (art. 146).

Con todo, llama la atención que a pesar de lo garantista que es el Código Procesal Penal, autoriza en el artículo 140, *in fine*, a decretar la prisión preventiva por la causal de peligro para la víctima, *especialmente*[27] cuando haya temor que el imputado atente en su contra o de su familia o *de sus bienes*. En cambio, el Código de Procedimiento Penal autoriza el denegar la libertad (o sea, mantener a la persona privada de libertad) sólo si el peligro fuere para el ofendido o su familia. No considera la seguridad de los bienes como factor determinante de la prisión preventiva.

3.3.2 *De los casos de improcedencia de la prisión preventiva (art. 141)*

Este artículo fue íntegramente reemplazado por un texto que deja a las claras la intención del legislador de hacerse cargo de las mayores y más recurrentes críticas formuladas al nuevo sistema, relacionadas con una concepción social y política contraria a los fines propios del proceso penal, en cuanto lo asume como un instrumento de control de la delincuencia y no como una forma regulada de reacción social frente a los delitos *ya* cometidos y que deben ser sometidos al juicio legal. Las modificaciones a este artículo, así como al artículo 140, apuntan precisamente a facilitar "el encierro" de aquellos que están siendo objeto de

27. Vocablo agregado por la última modificación del Código.

una investigación por hechos que pueden llegar a ser calificados como delitos por la sentencia que se dicte al final del procedimiento. Desde luego, el texto de reemplazo elimina el criterio de proporcionalidad que aparecía como principio dominante para limitar, o más específicamente, impedir la adopción de esta cautelar y que, sobra decirlo, debe estar presente en todo estatuto cautelar, permitiendo a los defensores de estos mecanismos de aseguramiento de la eficacia procesal, legitimarlos frente a sus críticos y detractores.

El Código contempla dos criterios impeditivos de la prisión preventiva:

1. Un criterio objetivo e imperativo

"No se podrá ordenar la prisión preventiva", declara el encabezado del art. 141, en los casos siguientes:

1.1 Cuando la sanción prevista para el delito sea pecuniaria o privativa de derechos. En otros términos, conforme al precepto vigente, si el delito estuviere sancionado con cualquier pena que importe afectar la libertad ambulatoria, por escasa que sea, queda autorizado el juez a decretar la prisión preventiva.[28]

1.2 Cuando se trate de un delito de acción privada

1.3 Cuando el imputado esté cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. Sin embargo, en este caso el fiscal o el querellante podrán solicitar anticipadamente que se decrete la prisión preventiva o alguna de las medidas alternativas a esta cautelar previstas en el art. 155, si se fuere a cesar dicho cumplimiento efectivo. Expresamente, el Código permite que se solicite y obtenga la orden de someter a prisión preventiva contra quien esté pronto a finalizar el cumplimiento de su pena privativa de libertad, de modo que no se produzca solución de continuidad con la cautelar.

2. Un criterio subjetivo, previsto en el inciso final del artículo 141

Se trata de casos en que el legislador admite la prisión preventiva, aun concurriendo las circunstancias que antes ha proclamado como de improcedencia de la cautelar. De allí es que hemos calificado estos casos como de improcedencia *subjetiva* puesto que el legislador no ha previsto

28. El texto original también contemplaba la prohibición de decretarla cuando el delito estuviere sancionado con pena de privativa o restrictiva de libertad no superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo. Esta modificación se introdujo el año 2005, mediante la ley 20.074.

la improcedencia en términos imperativos y absolutos, sino que los ha dejado sometidos a la consideración judicial.

Conforme a este criterio el tribunal *podrá* decretar la prisión preventiva, *en cualquiera de los casos previstos anteriormente*, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

2.1 Cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las cautelares previstas en el art. 155.

2.2 Cuando considere que el imputado no se presentará inmediatamente que fuere requerido o citado para las diligencias que se dispongan o para el cumplimiento de la sentencia, incumpliendo su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su terminación.

2.3 Cuando no asista a la audiencia del juicio oral, caso en el cual podrá decretarse la cautelar a petición tanto del fiscal como del querellante. En este caso, la orden deberá emanar del tribunal de juicio oral en lo penal, puesto que el proceso habrá pasado a la competencia de ese tribunal.

Se eliminó del texto original la hipótesis de improcedencia de la prisión preventiva, consistente en que el tribunal considerare que, de ser condenado, el imputado podría acogerse a alguna forma alternativa de cumplimiento de la pena de privación o restricción de la libertad, siempre que se acreditare que contaba con vínculos permanentes con la comunidad.

No cabe dudas del endurecimiento del régimen de la cautelar en comento, lo que ciertamente importa un cambio drástico de la forma en que el legislador había diseñado el sistema, a partir del principio de inocencia como inspirador del régimen previsto para el tratamiento que debe darse al imputado durante el procedimiento.[29]

3.4 Tramitación de la solicitud de prisión preventiva

3.4.1 Debe ser ordenada en una audiencia

El principio de oralidad cobra particular vigencia cuando se trata de cualquier decisión relevante dentro del proceso, por lo que la solicitud

29. Evidentemente, el nuevo régimen de la prisión preventiva responde al síndrome de lo que en Chile se ha llamado "la puerta giratoria", para referirse a un sistema que permite que aquel que ha sido imputado de un delito pueda permanecer en libertad, como regla general, durante el tiempo que tarde la investigación y el juicio. Implica, desde luego, una crítica a un modelo que no considera el encarcelamiento "anticipado".

destinada a obtener esta cautelar, sólo puede ser resuelta en audiencia, con citación a todos los intervinientes.[30]

1. Puede ser solicitada verbalmente en la audiencia de formalización de la investigación, en la de preparación del juicio oral o en la del juicio oral. También se puede solicitar por escrito en cualquier etapa de la investigación; para lo cual el juez de garantía deberá citar a una audiencia a todos los intervinientes.

2. En la audiencia en que se vaya a debatir la petición deben estar presentes el imputado y su defensor. La ausencia de uno u otro importará la nulidad de la actuación.[31]

3. La audiencia comienza con la fundamentación de la solicitud, luego debe oírse al defensor y a los demás intervinientes que deseen ser escuchados por el tribunal, terminando con el imputado.

4. La audiencia culmina con la resolución del tribunal, que debe ser fundada y expresar claramente los antecedentes calificados que justifiquen su decisión.

3.5 Cumplimiento de la medida

El Código destina los artículos 150 y 151 a regular el modo en que debe cumplirse la medida, manifestando especial preocupación por garantizar los derechos que se reconoce al imputado a partir de la presunción de inocencia que se proclama en el artículo 4.°.

1. Regla básica: el imputado debe ser tratado en todo momento como inocente.

2. El juez que decretó la medida es competente para controlar su ejecución y resolver las peticiones que se hagan en relación con ella.

3. Debe cumplirse en establecimientos especiales o en lugares absolutamente separados de los destinados a los condenados.

4. El juez puede autorizar salidas diurnas, o por períodos determinados, si se asegura convenientemente el cumplimiento de los objetivos de la prisión preventiva.

30. Con todo, pueden darse casos en que se ordene esta cautelar sin la presencia del imputado o su defensor, como cuando no ha concurrido a alguna audiencia a la que hubiere sido legalmente citado, según prescribe el artículo 33.

31. V. nota anterior.

Esta facultad del juez ha sido restringida respecto de la que se contenía en el texto original del Código, en cuanto ya no puede otorgar el permiso de salida con carácter indefinido. Asimismo, tratándose de delitos graves, a los que alude expresamente el artículo 150, sólo será posible conceder la autorización de manera excepcional, por resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para cumplir los fines del permiso solicitado.

5. Si la autoridad penitenciaria adopta medidas restrictivas contra el imputado, deberá comunicarlas de inmediato al tribunal con sus fundamentos, el que si las estima ilegales o abusivas, las podrá dejar sin efecto. Sin perjuicio de los cual, y si lo estima necesario, podrá citar a una audiencia para examinar la medida en cuestión.

6. Se establecen otras reglas dirigidas a resguardar seguridad del imputado preso y a segregar a los menores y a los presos de menor peligrosidad.

3.5.1 Incomunicación

A petición del fiscal, y cuando considere que es necesario para el éxito de la investigación, el juez de garantía puede prohibir o restringir el derecho del imputado a comunicarse hasta por 10 días. Esta medida no afecta en ningún caso el derecho a conferenciar en privado con el abogado.

El control de las condiciones bajo las cuales se ejerce la cautelar queda entregado al juez de garantía, quien es responsable de cautelar los derechos del imputado preso. Esta es una novedad en el régimen procesal penal chileno, pues anteriormente la situación del privado de libertad quedaba entregada principalmente al cuidado autónomo del Servicio de Gendarmería de Chile, produciéndose una situación ambigua en lo que tocaba a las condiciones en que se cumplía la prisión o la pena, pues en la práctica el juez se desentendía del preso, salvo que hubiere reclamos específicos y graves, que no siempre tenían los efectos esperables en un Estado de Derecho, donde los privados de libertad también deben ser objeto de la protección de la autoridad.

Lo cierto es que en el nuevo sistema, cuyo sustento básico es la presunción de inocencia, al legislador resulta muy dificultoso eludir la identificación de los efectos de la prisión preventiva con la pena privativa de libertad[32] y justificar la consideración de esta cautelar dentro de

32. Tanto que, en una declaración que parece una ironía, proclama en el artículo 150, inciso tercero, que "la prisión preventiva se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena".

las que pueden decretarse durante el proceso. Como destaca Ferrajoli, se trata ni más ni menos que de un *fraude de etiquetas*.[33] Una y otra son *prácticamente* lo mismo y el hecho que se pretenda justificar la prisión preventiva declarando que tiene fines puramente procesales, no cambia sus efectos concretos. En tales condiciones, y ante la inevitabilidad de su consideración dentro del régimen procesal penal, el legislador no puede menos que fijar un estatuto específico de tratamiento del preso *inocente*, bajo la supervigilancia del órgano jurisdiccional que ordenó la medida.

3.6 Prisión domiciliaria

Dentro de las medidas cautelares que autoriza el Código como alternativas a la privación de libertad cumplida en la forma tradicional, esto es en recintos especiales junto a otras personas que se encuentren en la misma situación, el artículo 155 letra a) permite que se decrete una privación de libertad, que puede ser cumplida en la casa del imputado o en alguna que él mismo indique siempre que se encuentre ubicada dentro de la ciudad de asiento del tribunal.

Esta es una de las formas alternativas de asegurar la presencia del imputado en el proceso, y atiende a conveniencia de evitar el desarraigo familiar de éste si las condiciones personales y el entorno familiar son suficientes, en concepto del juez, para cumplir los fines de la cautela personal.

Lo cierto es que, no obstante los beneficios para el sistema que implica la consideración de ésta dentro de las cautelares, la práctica ha demostrado que su aplicación no ha sido todo lo exitosa que se esperaba por las dificultades que ha tenido la policía para controlar su cumplimiento. La carencia de recursos humanos y materiales de Carabineros no permite cumplir con eficiencia los requerimientos que impone una medida de estas características.

3.7 Revisión de la resolución que ordenó la prisión preventiva

Como toda medida cautelar, la prisión preventiva es esencialmente revocable y modificable. Esa característica –que se puede advertir claramente en materia civil– tiene aun mayor relevancia en materia penal. De allí es que se impone al Juez de Garantía el deber de revisar las circunstancias que justificaron la prisión preventiva. La necesidad de resguardar

33. Op. cit., p. 556.

el derecho esencial de la libertad individual a quien se encuentra privado de libertad sin haber sido condenado, exige ser particularmente cuidadoso a la hora de ordenar la cautela, pero también impone el control de la subsistencia de las circunstancias que justificaron su aplicación, con el fin de resolver si se mantiene, sustituye o revoca.

De los artículos 144 y 145 se desprende que la revisión puede ser *de oficio* o *a petición de cualquier interviniente*. Y, por otra parte, que puede ser *facultativa* u *obligatoria* para el tribunal.

El art. 144 establece que la resolución que ordene o rechace la prisión preventiva puede ser modificada en cualquier estado del procedimiento, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes.

La revisión será *obligatoria*, cuando hubieren transcurrido seis meses desde que se hubiere decretado, o desde el último debate oral en que se hubiere decidido. En este caso, además, el tribunal deberá obrar de oficio. Se hará en una audiencia a la que se citará a todos los intervinientes. Expresamente, el Código dispone que la diligencia tendrá por objeto "considerar su cesación o prolongación", lo que implica que el plazo fijado por el legislador para la revisión obligatoria, no tiene ninguna connotación limitativa del período por el cual se la puede decretar y mantener, lo que se entiende sin perjuicio de lo que diremos luego a propósito de la *duración* de la medida. Se trata tan solo de evitar, como la experiencia ha demostrado, que haya casos en que las personas quedan "olvidadas" en las cárceles sin que nadie se ocupe de su situación. Desde luego, en un régimen como el que tenemos actualmente en Chile, esa posibilidad de *abandono* del preso es muy poco probable, considerando que el imputado deberá contar obligatoriamente con un defensor, sea particular o público, con lo que existe una razonable seguridad de que sus derechos no serán nunca descuidados, particularmente en este último caso, atendidos los altos estándares de calidad que se ha fijado la Defensoría Penal Pública y que son dignos de todo elogio.

3.7.1 La revisión será facultativa

1. Cuando el imputado pidiere su revocación. En tal caso el tribunal podrá rechazarla de plano, o bien citar a una audiencia para debatir la solicitud. Esta situación da cuenta de la intención del legislador de limitar las oportunidades en que la defensa puede requerir la revisión de la medida, puesto que si bien el juez está facultado para citar a una audiencia a fin de debatir sobre la petición, al permitir que rechace de

plano la solicitud está precaviendo que se den situaciones de abuso del derecho, entorpeciendo el funcionamiento de los tribunales y provocando molestias injustificadas a los demás intervinientes.

Cuando el proceso penal tenía carácter escrito, la situación era menos compleja, pues el juez podía resolver de plano la solicitud y eventualmente esa resolución era objeto de apelación, la que generalmente se veía por el tribunal superior sin comparecencia del recurrente. En cambio, si cada vez que se pida la revisión de la prisión preventiva el juez de garantía estuviere obligado a citar a audiencia, sin contar con la posibilidad de evaluar su seriedad o justificación, podría llegarse a un punto en que se perjudicaría el funcionamiento del sistema, afectando la posibilidad de prestar atención a otras causas que sí justificarían la atención del órgano jurisdiccional.

Cabe señalar que esta disposición también fue objeto de la reciente modificación al texto original del Código Procesal Penal, puesto que el derecho del preso a obtener la revisión de la medida, estaba previsto como una obligación del juez de garantía, si habían transcurrido dos meses o más desde que se había decretado o resuelto mantener.

2. En cualquier estado del procedimiento, el tribunal de oficio o a petición de parte, puede substituirla por otra medida de menor intensidad.[34]

3. Cuando hubiere sido rechazada, puede decretarse posteriormente, si el tribunal considera que han surgido nuevos antecedentes que la justifiquen. En este caso el tribunal, de oficio[35] o a petición de

34. Una de las virtudes que tiene este Código, radica en la flexibilidad que muestra frente a las posibilidades de solución y manejo procesal del conflicto penal. A diferencia del sistema tradicional, el Código Procesal Penal abre un abanico de posibilidades de cautela personal, a las cuales puede recurrir el juez de garantía al momento de resolver sobre alguna forma de aseguramiento de la persona del imputado. A tal efecto, se contempla el artículo 155, que ofrece diversas opciones que importan restricciones a la libertad, como alternativa a la libertad plena o a la privación total de ella.

35. Es curioso que se haya previsto la facultad del tribunal para disponer la revisión de la medida por propia iniciativa, y precisamente para examinar una posible modificación de su decisión anterior por la que rechazó aplicar la prisión preventiva. Tal parece que el legislador se dejó llevar por la tradición inquisitiva, propia del antiguo régimen, dejando de lado el carácter acusatorio del procedimiento que se consagra en el Código,

cualquier interviniente, podrá citar a una audiencia para examinar las nuevas circunstancias.

Es de observar que el texto de la disposición admite que cualquier interviniente solicite la modificación de la resolución, en tanto que el art. 140 sólo autoriza al fiscal y al querellante para solicitar que se decrete la prisión preventiva. Cabe pues preguntarse si la víctima puede pedir que la resolución que había denegado la prisión preventiva sea modificada para que se ordene su aplicación. En mi concepto, ello es posible, puesto que si bien no se le otorga la iniciativa para pedirla por primera vez, bien podría tener derecho a insistir, sobre la base de antecedentes que la misma víctima pudiere aportar, como podría ser en aquellos casos que justifican la medida cuando la libertad del imputado constituya un peligro para la seguridad de la víctima, su familia o bienes; antecedentes que pudieron no haber estado en conocimiento del juez de garantía al momento de rechazar la medida. Además, si el legislador limita la posibilidad de solicitar la prisión preventiva sólo al Ministerio Público y al querellante, tiene que tener algún sentido que para formular la petición que examinamos ahora, haya considerado a todos los intervinientes. Por último, si la víctima puede pedir las demás medidas cautelares ¿por qué no podría hacerlo con la prisión preventiva, a lo menos por vía de insistencia?

3.8 Reemplazo de la prisión preventiva por una caución

1. Cuando la prisión preventiva haya de ordenarse, o lo hubiere sido *únicamente*[36] para garantizar la presencia del imputado al juicio y

conforme al cual una decisión como la que nos ocupa, debe ser adoptada a solicitud de una de las partes.

36. Vocablo agregado en la última modificación, para reforzar el criterio del legislador en orden a ampliar los supuestos que autorizan la prisión preventiva y disminuyen el campo de aplicación del derecho a recuperar la libertad. Con la introducción de la expresión *únicamente*, se busca dejar establecido de modo categórico que los jueces sólo podrán disponer la sustitución de la prisión preventiva por una caución, cuando aquélla hubiere sido dispuesta para asegurar la presencia del imputado, pero no cuando lo hubiere sido para la seguridad de la sociedad o del ofendido o impedir que oponga dificultades a la investigación. En tales casos no habrá lugar a caución sustitutiva. Nuestra interpretación conforme al texto anterior llegaba a la misma conclusión, pero algunos jueces de garantía le habían dado una interpretación más amplia, autorizando la sustitución

a la eventual ejecución de la pena, el Código autoriza al tribunal para sustituirla por una caución suficiente, que podrá consistir en un depósito de dinero o valores, prenda, hipoteca o fianza.

2. La caución se hará efectiva en todas las situaciones en que el imputado no responda a los requerimientos del tribunal. Si hubiere sido constituida por un tercero, deberá ser puesta en su conocimiento, apercibiéndolo con hacerla efectiva si el imputado no comparece.

3. La caución se cancelará en los casos previstos en el art. 148:[37]

3.9 Recurso de apelación

El artículo 148 dispone que cualquiera fuere el resultado, la resolución que se pronuncie sobre la prisión preventiva será apelable, siempre que hubiere sido dictada en audiencia. En caso contrario no será susceptible de recurso alguno. Esta última situación podrá ocurrir cuando el juez deniegue de plano la solicitud de libertad formulada por el imputado, según lo autoriza el art. 144 inciso 2.°, en cuanto permite al juez de garantía rechazar la solicitud sin necesidad de citar a los intervinientes a una audiencia a fin de tratar sobre la petición. El juez podrá evaluar si los fundamentos alegados por el imputado son suficientemente serios para justificar una audiencia o, por el contrario, no importan motivo suficiente para estimar que pudieren haber cambiado las circunstancias que justificaron la medida.

también cuando se había decretado para evitar el peligro para la sociedad o del ofendido. Se ha planteado, con todo, la situación de cambio de causal justificativa de la prisión preventiva originalmente ordenada por constituir la libertad del imputado un peligro para la sociedad, por la de peligro de fuga, para sustituir luego dicha cautelar por una caución. En sentencia de 28 de abril de 2009 recaída en causa rol 110/2009, la Corte de Apelaciones de La Serena revocó la resolución, manteniendo la primitiva causal, por estimar que no habían variado las circunstancias que determinaron la medida. El fallo del tribunal superior implica, por cierto, que debió quedar sin efecto la caución y el imputado volver a prisión preventiva.

37. "a) Cuando el imputado fuere puesto en prisión preventiva; b) Cuando, por resolución firme, se absolviere al imputado, se sobreseyere la causa o se suspendiere condicionalmente el procedimiento, y c) Cuando se comenzare a ejecutar la pena privativa de libertad o se resolviere que ella no debiere ejecutarse en forma efectiva, siempre que previamente se pagaren la multa y las costas que impusiere la sentencia."

Agrega la misma disposición que no será obstáculo para conceder el recurso, la circunstancia que se hubiere decretado alguna de las medidas que contempla art. 155. Esta regla, que no se encontraba en el texto original, se incorporó el año 2005, con el propósito de evitar que se continuara aplicando el criterio jurisprudencial sostenido por algunas Cortes de Apelaciones, en orden a que si se había decretado alguna medida de las señaladas en el precepto indicado, entonces no existía perjuicio reparable por la vía de la apelación, por lo que se declaraba inadmisible o se rechazaba. Bajo dicho predicamento, el Ministerio Público no lograba impedir que el imputado continuara en libertad mientras se substanciaba el proceso y siguiera su actividad delictual o atentando contra la víctima.

3.9.1 Efecto suspensivo de la apelación en caso de delitos graves

En una de las modificaciones más polémicas al texto legal introducidos por la ley 20.235 de 2008, se agregaron dos incisos al artículo 149, que permiten suspender la ejecución de una resolución que niega o revoca la prisión preventiva en tanto no se resuelva la apelación deducida.

Desde luego, y antes de entrar a la revisión del precepto, cabe llamar la atención sobre el epígrafe del texto modificatorio, que da una clara noticia de los propósitos del legislador.[38] Se titula: "Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías".

De acuerdo con esta disposición, cuando el motivo de la imputación fuere un hecho constitutivo de ciertos delitos a los que alude nominativamente,[39] y que el legislador ha considerado graves, la interposición de la apelación contra le resolución que rechaza o revoca la prisión preventiva, producirá el efecto de suspender su cumplimiento si el afectado estuviere privado de libertad, en tanto el tribunal superior no se pronuncie sobre el recuso. Concretamente se dispone que "el imputado no podrá ser puesto en libertad".

38. Ver nota 8.

39. Secuestro, sustracción de menores, violación, violación de menores, violación calificada, parricidio, homicidio, diversas formas de robo, y los sancionados por la ley sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan asignada pena de crimen.

Adicionalmente, dispone que cuando se trate de un delito de los que no aparecen mencionados expresamente, es decir cualquiera que sea el delito, y se hubiere deducido apelación por el fiscal o el querellante, el tribunal superior podrá decretar orden de no innovar destinada a precaver el peligro de fuga del imputado. En otras palabras, el precepto incorpora una cautelar con el objeto de asegurar la eficacia de otra cautelar.

La disposición contempla ciertas reglas de carácter orgánico destinadas a asegurar el conocimiento urgente del recurso, como una forma de morigerar las consecuencias de una disposición que, nuevamente, pone al legislador frente al espejo de su conciencia.[40]

Cabe agregar que, como se ha señalado, la norma en comento ha sido seguramente la que más polémica ha provocado en el medio especializado. Cinco recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad han sido presentados al Tribunal Constitucional ¡por jueces de garantía!,[41] que se niegan a aceptar los efectos que se producen como consecuencia de la apelación interpuesta en contra de la resolución que no hace lugar a lo solicitado por la acusación.

El fundamento central esgrimido por los recurrentes ha sido que una resolución judicial que reconoce el derecho a la libertad del imputado, queda en suspenso, y por tanto el afectado se mantiene privado de libertad, por la sola decisión de apelar adoptada por el órgano persecutor, dado que la interposición del recurso impide que el imputado sea dejado en libertad. Se razona en tal sentido, señalando que una norma que produce el efecto de suspender la ejecución de una resolución judicial por la mera actividad de un órgano de la administración, como es el Ministerio Público, es inconstitucional, pues implica que su actividad provoca efectos propios de una decisión emanada de un órgano jurisdiccional, invadiendo, en consecuencia, prerrogativas exclusivas de los tribunales de justicia. Es necesario agregar que en los primeros cuatro casos el tribunal requerido rechazó el reclamo, fundado en razones de

40. Es conveniente destacar que esta disposición se asocia con la del artículo 132 bis, incorporado al Código por la misma ley modificatoria, el que hace apelable la resolución que declara ilegal una detención en el caso de los mismos delitos señalados. Lo interesante de la referencia está es que de conformidad al régimen común del recurso de apelación, dicha resolución no era susceptible del recurso, atendido lo dispuesto en el artículo 370.

41. Recursos rol 1057, 1060, 1062, 1064 y 1065, todos de 2008.

forma, sin pronunciarse claramente sobre el fondo, aun cuando en uno de ellos manifestó, entre las motivaciones, que lo que se pretendía por el recurrente era obtener la revocación de una resolución del tribunal de control constitucional, por la que declaró dicho precepto ajustado a la carta fundamental.[42]

Con todo, importa referirse a la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2008, recaída en recurso rol 1065, en que el Tribunal Constitucional se pronunció finalmente sobre el fondo, y zanjó la cuestión concluyendo en el rechazo de la impugnación. Para ello, argumenta citando a diversos legisladores que intervinieron en el *iter* legislativo a favor de la introducción del precepto, aportando razones de seguridad ciudadana. Luego razona sobre la base de reconocer las facultad exclusiva del legislador para determinar el mérito, oportunidad y conveniencia de las leyes que éste dicta,[43] afirmando que en la medida que no sobrepase los límites, más o menos amplios que le fija la Carta fundamental, no le es permitido al tribunal inmiscuirse en esas prerrogativas, doctrina que abona apoyándose en sentencias de sus homónimos francés, español, alemán y en normativa italiana.

En definitiva, resulta interesante de relevar que el nudo terminó desatándose, no por los principios liberales que inspiraron la dación del Código, sino por la necesidad de responder a los reclamos de la opinión pública.

3.9.2 *Recurso contra la resolución emanada del tribunal de juicio oral en lo penal*

Cabe plantearse la cuestión de si el recurso procede también contra la resolución que dicte el tribunal de juicio oral pronunciándose sobre la solicitud de prisión preventiva.

En efecto, el artículo 281 dispone que junto con fijar la fecha de la celebración del juicio oral, el presidente de la sala dispondrá que se cite a todos los que debieren concurrir a la audiencia, incluido, por cierto, el imputado, agregando que la citación se hará bajo los apercibimientos

42. V. STC rol 1057, de 24 de abril de 2008.

43. Proclama la "autonomía del legislador –como depositario de la voluntad democrática–, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de política, conveniencia y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica" (considerando trigésimo quinto).

previstos en los artículos 33 y 141 inciso cuarto,[44] los que contemplan precisamente la posibilidad de que se ordene la prisión preventiva por la incomparecencia del imputado a la audiencia del juicio oral.

A su vez, el art. 364 dispone expresamente que las resoluciones adoptadas por el tribunal de juicio oral serán inapelables.

A su turno, el Código Orgánico de Tribunales, luego de su adecuación al nuevo sistema por la ley 19.708, es decir, teniendo presente la nueva estructura orgánica de la justicia penal y la normativa funcional que la regula, reconoció competencia a las Cortes de Apelaciones *sólo* para conocer de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones dictadas por los jueces de garantía, pero nada dijo respecto de las que dicten los tribunales de juicio oral en lo penal; con lo cual hay un indiscutible límite objetivo de la competencia de las referidas Cortes, para conocer de un recurso originado en una resolución de un tribunal de juicio oral en lo penal.

Si lo dicho se agrega al categórico mandato constitucional contenido en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, la conclusión no puede ser otra que las Cortes de Apelaciones carecen de competencia para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de una resolución pronunciada por un tribunal de juicio oral en lo penal. En tales circunstancias, y considerando que uno de los presupuestos de los recursos procesales es que exista un tribunal con competencia para conocerlos, el resultado final será que, bajo la normativa vigente, no cabe la posibilidad de apelar contra la resolución de un tribunal de juicio oral en lo penal que se pronuncia sobre la prisión preventiva.

Evidentemente, el tema deberá ser resuelto por el legislador, que no por la jurisprudencia, puesto que, como queda dicho, no habría cómo conseguir que un tema como el planteado pueda ser objeto de una decisión judicial, por no ser posible someterlo a discusión en estrados judiciales.

Lo cierto es que si el sistema ha de ser coherente con los principios garantistas que lo inspiran, no parece razonable que una resolución judicial que ordena la medida cautelar que más gravemente afecta los derechos del imputado, no pueda ser revisada por un tribunal diferente al que la dictó.

Con todo, se puede argumentar, con más resignación que convicción, que el hecho de haber sido ordenada por un tribunal colegiado, constituye

44. La referencia debe entenderse hecha al artículo 141, inciso 2.°.

suficiente garantía de que ha sido adoptada tomando en consideración todos los elementos que la justifican, de modo que los derechos de imputado se encuentran suficientemente resguardados. Cabe por último señalar que el recurso, en los términos actuales, está previsto para ser interpuesto tanto por haberse concedido la prisión preventiva como por haberla denegado, de modo que ni siquiera el argumento garantista serviría para cubrir todas las posibilidades que justificarían el recurso de marras.

3.10 Cesación de la medida

Este es uno de los temas centrales que convocó la atención del medio especializado en la formulación del nuevo sistema. La prisión preventiva siempre ha sido, en la práctica, considerada y usada como una forma de controlar la acción de la delincuencia. En general, en el sistema anterior, los tribunales no eran muy celosos para decretarla. Pero en cambio sí lo eran –o debían serlo– para ponerle término.[45] La sociedad siempre ha percibido la prisión preventiva como un mecanismo que permite *mantener encerrados a los delincuentes*, sin reparar en que implica anticiparles una pena que podrían no merecer. Ello, sin olvidar que se trata de una medida de duración indefinida, cualesquiera que fueren las razones que la hubieren determinado.

El problema, que por cierto no es patrimonio sólo de nuestro sistema procesal penal, sino que se reproduce (o reproducía) en todos los ordenamientos de corte inquisitivo, comenzó a ser revisado a partir del reconocimiento y respeto efectivo del principio de presunción de inocencia y con una clara vinculación al derecho a ser juzgado en un plazo breve y razonable. Es por ello que el Código incorporó dos disposiciones que se traducen en que la prisión preventiva no debiera ser indefinida y, además, que debe ser revocada tan pronto como concurran ciertas circunstancias ponderadas por el juez, que exijan su cesación. Las reglas que se desprenden de los arts. 152 y 153, son las siguientes:

1. La prisión preventiva debe terminar tan pronto como varíen las circunstancias que justificaron su imposición. Esta resolución la puede

45. El art. 361 del Código de Procedimiento Penal dispone que cuando se conceda la libertad provisional en los casos de delitos sancionados con pena aflictiva, la resolución deberá ser consultada. La *consulta* es un trámite procesal que consiste en la revisión preceptiva de una resolución por un tribunal superior, cuando ésta no hubiere sido apelada.

adoptar el tribunal tanto de oficio como a petición de algún interviniente (art. 152-1).

2. También debe terminar cuando el tribunal dictare una sentencia absolutoria o decretare el sobreseimiento definitivo o temporal, aun cuando no estuvieren ejecutoriados. En este caso el tribunal podrá imponer alguna medida cautelar de menor intensidad, si lo estimare necesario para garantizar el resultado del procedimiento.

3. Cuando hubiere transcurrido un tiempo equivalente a la mitad de la duración de la pena privativa de libertad esperable de resultar condenado el imputado, o de la que se le hubiere impuesto si hubiere recursos pendientes contra la sentencia. En tal caso el tribunal debe citar a una audiencia destinada a considerar la mantención de la prisión preventiva o su cesación.

Lo cierto es que, de las tres reglas referidas, las dos primeras corresponden a causales de cesación por cambio de circunstancias y sólo la última responde a la idea de limitar temporalmente la prisión preventiva, aun cuando de un modo relativo.

En efecto, conforme a lo expresado, la prisión preventiva puede tener una duración indefinida, puesto que la única exigencia que se impone al juez de garantía es que al presentarse la situación prevista, esto es, que hubiere transcurrido un tiempo equivalente a la mitad de la duración de la pena privativa de libertad esperable de resultar condenado el imputado, o de la que se le hubiere impuesto si hubiere recursos pendientes contra la sentencia, debe citar a los intervinientes a fin de *considerar* la mantención o cesación de la medida. En buen romance la regla significa que la prisión preventiva puede continuar hasta el fin del procedimiento si así se estimare por el tribunal.

Es claro que en este sentido nuestro código se aparta de la tendencia que se observa en otros países, como lo destaca Daniel R. Pastor cuando señala que al influjo "de la regulación de los plazos legales de duración de la prisión preventiva (...) no ha escapado, prácticamente, *país civilizado alguno*"[46] (destacado nuestro).

Una vez más se observa que el legislador nacional se debate en un conflicto de principios y necesidades o conveniencias políticas. En efecto, no logra desentenderse de los principios que apuntan a reducir al

46. PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, AD HOC, 1. ed., 2002, p. 443.

máximo posible la duración del proceso y de su inevitable consecuencia cautelar; por lo que trata de fijar límites al período por el cual el imputado pueda pasar preso, más allá de lo cual el Estado debe resignarse a dejarlo nuevamente en libertad. Por otro lado, debe relativizar tales principios en el texto legal, para evitar la protesta ciudadana si permite que los imputados mantengan su libertad en tanto no haya sentencia firme de condena; por lo que se ve obligado a dejar abierta la posibilidad de prolongar la prisión preventiva por períodos excesivos, o incluso, como ocurre en nuestro país, en forma indefinida.

3.11 Contenido de la orden de prisión o de detención

La orden debe ser expedida por escrito y debe contener:

"a) El nombre y apellidos de la persona que debiere ser detenida o aprehendida o, en su defecto, las circunstancias que la individualizaren o determinaren;

b) El motivo de la prisión o detención, y

c) La indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento penitenciario o lugar público de prisión o detención que determinará, o de permanecer en su residencia, según correspondiere.".

Conforme al nuevo texto, lo dispuesto en esta disposición debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de obtener una orden verbal según lo autoriza el art. 9 para casos urgentes. En tales circunstancias, el funcionario policial que ejecute la orden deberá entregar al afectado una constancia que contenga la identificación del tribunal que dispuso la medida, el delito que se le imputa, y la hora en que emitió.

4. Conclusiones

1. La prisión preventiva es una medida cautelar de ineludible concurrencia en el proceso penal.

2. Los supuestos sobre los que se admite son la necesidad de evitar la fuga del imputado y la de asegurar la eficacia de la investigación.

3. El legislador no puede soslayar su incorporación al sistema procesal penal, por razones que se reconocen como legítimas, debiendo permitir su aplicación también por motivos de seguridad.

4. El Código Procesal Penal chileno admite la prisión preventiva como una forma de cautela personal de aplicación excepcional, y sólo

cuando no hay otra forma de aseguramiento de la persona del imputado que sea menos lesiva a su derecho a la libertad.

5. Originalmente, el Código reguló la prisión preventiva en clave garantista, excluyendo su aplicación aun en casos de delitos que merecieren penas privativas de libertad, y consagrando el principio de proporcionalidad.

6. El régimen de la prisión preventiva es uno de los capítulos del Código que más intervenciones ha tenido, diluyendo de manera importante los principios garantistas que se proclamaron al promoverse el nuevo modelo de enjuiciamiento penal.

7. El Código Procesal Penal ha ido modificando su estatuto cautelar hacía un régimen de corte represivo, respondiendo a la que ha sido la cultura inquisitiva propia de nuestro entorno jurídico.

8. No obstante los cambios introducidos al estatuto de la prisión preventiva, en términos porcentuales su aplicación ha ido en progresiva disminución.

9. La prisión preventiva, como pocas instituciones jurídicas, da cuenta de la gran sensibilidad que debe tener el legislador para resolver la ecuación libertad *versus* seguridad social, entendida ésta como la sensación de ausencia de peligro de ser objeto de un delito, y no como la de no ser víctima de una represión injusta, arbitraria o desproporcionada de parte del Estado.

6
Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro

MARCOS ZILLI

Mestre e Doutor em Processo Penal pela USP. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito de Coimbra e IBCCrim. Professor Doutor de Direito Processual Penal no curso de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP. Membro do Grupo de Estudos Latino-americano de Direito Penal Internacional promovido pela Fundação Konrad Adenauer e coordenado pelo Prof. Kai Ambos. Coordenador do Departamento de Relações Internacionais do IBCCrim. Juiz de Direito.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: A restrição da liberdade é um dos temas mais dramáticos do processo penal. No Brasil, historicamente, o tratamento dado pelo legislador à prisão processual foi pautado por um excessivo rigor e compulsoriedade o que denota a dificuldade de assimilação do significado do princípio da presunção de inocência. O Projeto do novo Código de Processo Penal, de iniciativa do Senado Federal, teve uma clara preocupação em alinhar as exigências da prisão processual com tal princípio. Das várias propostas, destaca-se o rompimento da dicotomia prisão/ liberdade com a adoção de um sistema que incorpora diversas outras medidas cautelares restritivas da liberdade alternativas à prisão. De qualquer modo, as iniciativas legislativas não são suficientes a ponto de desconstruírem uma cultura jurídica autoritária. Na verdade, a liberdade se constrói na formação dos novos operadores. Mas, para além de ser ensinada, a liberdade deve ser, principalmente, vivida.

ABSTRACT: The restriction to freedom is one of the most dramatic issues of the Criminal Procedure. Historically, the treatment given to preventive detection by legislators in Brazil has been guided by an excess of rigidity and obligatoriness, which denote difficulties in assimilating the meaning of the presumption of innocence principle. The Criminal Procedural bill, an initiative from the Federal Senate, had a clear concern to align the demands of preventive detection to this principle. Among the many proposals, the rupture with the dichotomy prison/ freedom stands out, with the adoption of a system that incorporates several other cautionary measures restricting freedom as alternatives to prison. In any case, legislative initiatives are not enough to deconstruct an authoritarian legal culture. Actually, freedom is built in the process of educating new operators. However, freedom needs to be, above all, experienced as well as taught.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão provisória – Prisão temporária – Prisão preventiva – Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível – Prisão decorrente de pronúncia – Medidas cautelares penais pessoais – Projeto de lei do Novo Código de Processo Penal.

KEYWORDS: Provisional detention – Temporary incarceration – Preventative incarceration – Incarceration resulting from appealable judgment of conviction – Incarceration resulting from indictment – Personal restrictive penal measures – The New Criminal Proceeding Code Bill.

SUMÁRIO: 1. A cultura autoritária – 2. A legislação processual imperial: compulsoriedade – 3. O Código de Processo de 1941: novos problemas, antigas soluções: 3.1 Contexto histórico; 3.2 A prisão como regra. A liberdade como exceção; 3.3 Em prol dos amigos do rei: a flexibilização do regime jurídico da prisão processual – 4. A prisão processual e a nova ordem constitucional: 4.1 A presunção de inocência como imperativo do tratamento processual justo do acusado; 4.2 A instituição da prisão temporária e sua adequação constitucional; 4.3 A prisão preventiva: eternos dilemas; 4.4 Agonia e morte das prisões decorrentes de sentença condenatória recorrível e de pronúncia; 4.5 A insistência no modelo das prisões compulsórias: a proibição de concessão da liberdade provisória prevista pelas leis extravagantes; 4.6 A prisão para recorrer nas leis extravagantes; 4.7 A ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário e a execução provisória da sentença condenatória – 5. O novo Código de Processo Penal: o PL 156/2009: 5.1 Princípios gerais; 5.2 A preocupação com o respeito das garantias individuais; 5.3 Medidas cautelares pessoais: 5.3.1 Prisão em flagrante; 5.3.2 A prisão temporária; 5.3.3 A prisão preventiva – 6. Conclusões – 7. Bibliografia.

– Como posso estar detido? E deste modo?

– Lá vem o senhor de novo...

(*O processo*, Franz Kafka)

1. A CULTURA AUTORITÁRIA[1]

Mais difícil do que simplesmente substituir modelos jurídicos autoritários por fórmulas democráticas é desconstruir a cultura que os fundamenta e os alimenta. Afinal, como se sabe, a formatação política assumida pelo Estado influencia, diretamente, o modelo proces-

1. Especial agradecimento a Marcelo Vinicius Vieira pelo levantamento do material jurisprudencial.

sual penal.[2] Assim, fundamentos autoritários, além de clamarem por um poder punitivo centralizador e forte, conduzem a uma dinâmica processual desequilibrada, pautada pela hipertrofia do polo acusador. Em circunstâncias que tais, qualquer tentativa, que se pretenda bem sucedida de retomada do padrão democrático, exige o realinhamento do exercício do poder aos valores da liberdade e da igualdade. Supõe, por consequência, uma mudança de paradigmas, de valores e de ideologias que leve à construção de uma relação processual mais equilibrada entre as partes.[3] É justamente nesse ponto que a presunção da inocência assume posição de maior grandeza. Afinal, o princípio-garantia fixa uma regra de tratamento ao investigado e ao acusado e que deve ser dispensada pelo grupo social, pelo legislador e, evidentemente, pelos principais agentes da persecução penal.

Como se sabe, a centralização do poder político no Brasil é endêmica. Iniciou-se com um modelo colonial arcaico fundado na exploração econômica e com o núcleo emanador do poder estabelecido na Metrópole. Passou pelo Império,[4] estendendo-se, finalmente, até os mais

2. Em interessante estudo relativo aos possíveis modelos de autoridade estatal e as formas processuais penais, Damaska propõe dois tipos ideais de processo. O primeiro estaria estruturado para implementar políticas previamente estabelecidas pelo Estado. É o que o autor denomina de processo de implementação política. Trata-se de um processo desenhado de forma a assegurar a afirmação do poder central. Já pelo segundo modelo, o processo seria desenhado como instrumento para solução dos conflitos penais. Ou seja, o que importa não é a expressão da força de um poder central e de suas políticas, mas, sim, a vontade dos sujeitos envolvidos no conflito. Diante de tais premissas, o processo denominado de solução de conflitos abre espaços para diversas formas de acordos entre os seus atores (*The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University, 1986).

3. Gomes Filho, Antonio Magalhães. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. *Fascículos de ciências penais*, ano 5, n. 1, jan./fev., 1992, vol. 5, p. 17.

4. Como observa Caio Prado Júnior, a estrutura colonial estabelecida pela Metrópole acabou inviabilizando a possibilidade de o país, após a independência, estabelecer um poder que adviesse da iniciativa popular, justamente pela ausência de qualquer experiência nesse sentido, razão pela qual a formação do Estado pós-independência acabou sendo também centralizadora em uma reprodução desprovida de autenticidade da monarquia portuguesa. Nesse sentido, leciona o autor: "os acontecimentos posteriores, que precedem imediatamente a Independência e a seguem, estão aí para demonstra-lo. O enfraquecimento daquele poder levou o

recentes anos da República. Escassos foram, portanto, os momentos em que os valores ligados à liberdade puderam aflorar, de modo que a cultura autoritária encontrou, no Brasil, – e por muito tempo – terreno fértil para sedimentar as suas raízes. Foi, aliás, em um contexto político autoritário[5] que a legislação processual penal, atualmente em vigor, foi gerida. O seu modelo é, em essência, autoritário porquanto autoritários foram os seus padrões inspiradores. A Constituição de 1988, é certo, decretou a sua morte, ao menos no plano formal. Mas, mesmo assim, os seus resquícios se fizeram – e ainda se fazem – sentir. Nos últimos anos, as constantes alterações legislativas traduzem um incômodo embate de valores. De fato, muitas das inovações ainda são alimentadas e seduzidas pelo discurso da defesa social, propondo dessa forma soluções que eternizam modelos arcaicos de gestão da prisão processual. Outras, por seu turno, mostram-se mais sensíveis à mensagem indicada pelo constituinte. O fato é que ainda remanesce uma clara dificuldade de se ajustar um razoável equilíbrio entre um desejo social de maior eficiência do sistema punitivo com o resguardo das garantias individuais.

Nesse terreno, o tratamento dado à temática da prisão processual é um dos exemplos mais ilustrativos das expansões e das inflexões verificadas nos últimos anos, revelando a dificuldade de rompimento com

país, durante muito tempo, para a iminência da anarquia, que aliás, muitas vezes, e em vários setores, embora restritos, se tornou efetiva; e só se conteve com a constituição de um Estado que, embora nacional de nome e formação, reproduziu quase integralmente a monarquia portuguesa que viera substituir..." (*Formação do Brasil contemporâneo*, 13. ed., São Paulo: Brasiliense, 1973, p. 345).

5. Não há uma definição unívoca para o termo "autoritarismo". Ao examinarem a sua inter-relação com os sistemas políticos, Bobbio, Matteucci e Pasquino, afirmam: "... são chamados de autoritários, os regimes que privilegiam a autoridade governamental e diminuem de forma mais ou menos radical o consenso, concentrando o poder político nas mãos de uma só pessoa ou de um só órgão e colocado em posição secundária as instituições representativas." (*Dicionário de política*. 12. ed., Brasília: Ed. UnB, 1999, p. 94). Já para Boris Fausto, "um dos traços básicos do autoritarismo consiste na relativa independência que preserva a sociedade em relação ao Estado: a autonomia de algumas instituições, em especial as religiosas, e de uma esfera privada de pensamento e de crença, embora apenas tolerada. O autoritarismo tende a ser mais conservador, ligado às tradições do passado..." (*O pensamento nacionalista autoritário: (1920-1940)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 7).

a cultura autoritária. Felizmente, o cenário que se avizinha em face das mais recentes reformas e daquelas que ainda estão por vir compõem, mais adequadamente, os interesses contrapostos que permeiam o drama processual: efetividade do poder-dever punitivo e liberdade jurídica. De fato, ainda que tardiamente, vem ganhando corpo o reconhecimento dos limites que devem cercar a prisão processual e o seu distanciamento lógico e principiológico da prisão-pena. Gradativamente, a cultura autoritária é desconstruída. Novos ventos. Bons presságios.

2. A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL IMPERIAL: COMPULSORIEDADE

Embora fruto de ato escancaradamente autoritário,[6] a Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, foi sensivelmente influenciada pelo espírito do Iluminismo revolucionário. Com efeito, a despeito de seu alinhamento à formatação monárquica e hereditária, conseguiu ela superar uma estrutura administrativa arcaica, desenhando, para tanto, um modelo relativamente avançado para a sua época.[7] Não se olvidou dos direitos fundamentais, os quais foram afirmados sob as bases informadoras do direito à liberdade.[8] Não foram outras as razões que levaram o legislador constitucional a condicionar a prisão processual à prévia formação da culpa, vale dizer, ao reconhecimento da admissibilidade da acusação penal. Mas não foi só. O constituinte circunscreveu, ainda,

6. A Assembleia Constituinte que havia sido instituída foi dissolvida pelo próprio Imperador e com apoio dos militares, resultando na prisão de vários deputados e na nomeação de um Conselho de Estado a quem foi incumbida a tarefa de elaboração de um novo texto constitucional. Para um exame mais aprofundado sobre os aspectos políticos que permearam o primeiro reinado ver: VEIGA, Luiz Fernando da. *O primeiro reinado, estudado à luz da sciencia*. Rio de Janeiro: G. Leuziger & Filhos, 1877.

7. Nesse sentido: FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 6. ed., São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999, p. 149. Ver, igualmente: PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Javoli, 1983, p. 85-86. Para um estudo sobre os valores democráticos e o poder imperial ver: TORRES, João Camilo de Oliveira. *A democracia coroada*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957.

8. Que antecede, servindo, portanto, de base fundante, para os demais direitos. É que se infere da redação dada ao art. 179, *caput*: "A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantia pela Constituição do Império..."

a efetividade da prisão à existência de prévia ordem escrita emanada de autoridade competente.[9] A única exceção – e que ainda remanesce em nosso sistema – coube à prisão em flagrante em face, obviamente, da necessidade de se assegurar uma imediata reação do aparato repressivo às situações de flagrante violação do ordenamento penal. Mesmo assim, o tom predominante revela uma preocupação com a efetividade do sistema de resguardo das garantias individuais e que é bem ilustrado com a preocupação de se prever a imposição de sanções aos responsáveis pelos arbítrios.[10]

É certo que entre as previsões jurídicas abstratas e a realidade, grandes distâncias se abrem. Afinal, a efetividade de um modelo liberal depende, dentre outros fatores, das condições sociais e da receptividade daqueles encarregados de operá-lo e de implementá-lo.[11] Curiosamente, poucos meses antes da promulgação da Constituição imperial, historicamente reconhecida pela sua dimensão liberal, o próprio governo, sensibilizado com o recrudescimento dos crimes de furto, editou a decisão 58, de

9. Como dispunha o parágrafo nono do art. 179: "Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei...". A formação de culpa deve ser compreendida como um procedimento dirigido à construção e à constatação dos requisitos que levariam à admissibilidade da acusação criminal. Nesse sentido, leciona Joaquim Canuto Mendes de Almeida: "procedimento anterior à pronúncia, mas que compreende não só o sumário de inquirição de testemunhas, como também os atos do corpo de delito: abrange, antes de o juiz declarar procedente ou improcedente a queixa ou denúncia ou procedimento ex officio, tudo quanto é feito para estabelecer a existência do crime e veementes indícios de autoria." (*Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973, p. 125).

10. Como dispunha o parágrafo décimo: "À exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos, com as penas que a lei determinar."

11. Aliás, Caio Prado chega a apontar a total ineficácia da Constituição outorgada, ao menos no plano político, em face do exacerbado autoritarismo que teria permeado o primeiro reinado. É de se destacar o seguinte trecho: "as boas intenções de D. Pedro ficaram [sic] contudo nas promessas. A Constituição, regularmente aceita pelas câmaras municipais do país, e por ele jurada, ficou inteiramente letra morta. Não se convocou o Parlamento, senão dois anos depois, e continuou tal qual o governo absoluto do Imperador." (*Evolução política do Brasil*. 1. ed., São Paulo: Brasiliense, 1977, p. 56).

26.02.1824, em que determinou um maior rigor na concessão de alvarás aos réus presos por aqueles crimes. A medida foi justificada na suposta gravidade dos atos cometidos, tendo reforçado, ademais, o desejo punitivo estatal.[12] Paradoxalmente, no mesmo ano, a decisão 63, editada em 08 de março, revelou certa sensibilidade para com a celeridade dos processos envolvendo réus presos, fixando, para tanto, sanções aos escrivães desidiosos no cumprimento de suas obrigações funcionais.[13]

De qualquer modo, a demora na implementação de uma legislação processual que fosse adequada à nova realidade constitucional levou ao preenchimento do vácuo com a edição da Lei de 30.08.1828. Por esta, fixaram-se as situações excepcionais de cabimento da prisão processual, mesmo antes da formação da culpa. A primeira compreendia a prisão dos agentes em situação de flagrante delito, hipótese que envolvia tanto aqueles que fossem pilhados no ato de execução material da conduta criminosa, quanto os que fossem detidos após perseguição (art. 1.°, § 1.°).[14] Já a segunda forma de prisão era cabível aos indiciados em crimes

12. É o que se infere do seguinte trecho: "Constando, até pelos Periódicos, os multiplicados roubos, e desordens perpetradas nesta Cidade a despeito das Leis, e com escândalo dos Cidadãos, cuja segurança tem sido perturbada por um bando infesto de salteadores; e Querendo S. M. o Imperador ocorrer a estes males: manda, pela Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, recomendar á Mesa do Desembargo do Paço toda a possível vigilância na concessão dos Alvarás de fiança, que a mesma, pelo seu Regimento, e só com dous votos concordes, passa aos réos presos nos crimes de furto, pois sendo alguns graves, interessa muito ao Estado a sua punição e que sejam tais malfeitores conservados nas prisões até seguirem os destinos de suas sentenças." (PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...*, op. cit., p. 340-341).

13. "Sendo presente a S. M. o Imperador o officio do Desembargador Promotor da Justiça da Casa da Supplicação com o resultado da visita a que procedeu em o dia 05 do corrente, e vendo o mesmo A.S., com bastante mágoa, não terem sido suficientes as advertências, e providencias dadas nas portarias antecedentes, para fazer que entrem em seus deveres os Escrivães do Crime, não demorando os processos aos seus miseráveis presos, passando com promptidão as guias aos condemnados, afim de poderem seguir, uns os seus destinos, e outros não ficarem entorpecidos nas cadêas: Manda, pela Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, que o Chanceler da Casa da Supplicação que serve de Regedor, haja de dar logo e logo as devidas providencias, procedendo contra os referidos Escrivães na fórma da lei..." (PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...*, op. cit., p. 341).

14. "Os que forem achados em flagrante delicto, entendendo-se presos em flagrante delicto, não só os que se apprehenderem commettendo o delicto,

cuja sanção prevista fosse a pena de morte, a prisão perpétua ou galés (art. 1.º, § 2.º).[15] Não houve nesta, como se percebe, uma preocupação em circunscrevê-la ao requisito da necessidade o que, obviamente, abria espaço para uma compulsoriedade. Mas, mesmo assim, as exigências de respeito a certas garantias individuais não foram olvidadas. Realmente, para além da prévia ordem escrita, e que já tinha sido prevista pelo texto constitucional, a lei impôs a obrigatoriedade do recolhimento separado dos presos sem culpa formada daqueles já pronunciados (art. 3.º).[16]

Sob alguns aspectos, o espírito liberal que norteara o texto constitucional foi mantido pelo Código de Processo do Império, promulgado pela Lei de 29.11.1832[17] e que, em sua essência, permaneceu em vigor ao

mas também os que se prenderem em fugida, indo em seu seguimento os Officiaes de Justiça, ou quasquer cidadãos, que presenciassem o facto, conduzindo-os directamente á presença do Juiz." (PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...*, op. cit., p. 356)

15. "Os que forem indiciados em crimes, em que a lei impozer pena de morte natural, prisão perpétua, ou galés por toda a vida ou temporariamente." (Idem)

16. "Os que em qualquer lugar destes casos forem recolhidos á cadêa, antes de culpa formada, serão conservados em custodia, havendo para isso comodidade, em lugar separado dos réos já pronunciados..." Idem, ibidem)

17. Há um certo consenso em apontar o grande salto qualitativo representado pelo Código de Processo Penal do Império se comparado com o arcaico sistema processual dado pelas Ordenações. A grande novidade foi a descentralização da organização judiciária representada pela municipalização da Justiça, principalmente no que se referia aos juízes de paz que tinham atribuições de polícia administrativa, de polícia judiciária, além das funções judiciais. Para um estudo mais aprofundado sobre o sistema processual do Império ver: ARARIPE, Tristão de Alencar. *Consolidação do processo criminal do Brazil*. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1876; AUTRAN, Manoel Godofredo de Alencastro. *Código do processo criminal de primeira instância*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1881; BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 4. ed., Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1910; CUNHA, Joaquim Bernardes da. *Primeiras linhas sobre o processo criminal de primeira instancia*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1863; PAULA PESSOA, Vicente Alves de. *Código de Processo Criminal de primeira instancia do Brazil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1899; PIERANGELLI, José Henrique. *Processo*, op. cit., RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Elementos do processo criminal*. São Paulo: Dous de Dezembro, 1856; SAAD, Marta. *O direito de defesa no*

longo de todo o período imperial. A bem da verdade, foram apenas duas as reformas implementadas. A primeira foi empreendida em 1841, pela Lei 261, de três de dezembro e regulamentada pelo Regulamento 120, de 31 .01.1842. A segunda, por sua vez, somente foi concretizada no ano de 1871, pela Lei 2.033, de 20 de setembro e regulamentada pelo Dec. 4.824 de 22 de novembro do mesmo ano. O fato é que as leis editadas no Império ainda permaneceram em vigor em muitos dos Estados-membros mesmo após a proclamação da República. É que apenas uma minoria exerceu a competência outorgada pela Constituição de 1891 em matéria processual penal, editando, por consequência, os seus respectivos códigos de processo.[18]

No que se refere à sistemática estabelecida para as prisões processuais o espírito que vigorou no Império era o da obrigatoriedade a não ser para aqueles crimes de menor gravidade, em que o réu se livrasse solto, ou mesmo naquelas infrações afiançáveis.

Relativamente à prisão em flagrante,[19] as hipóteses de cabimento ficaram restritas à flagrância real e à detenção precedida de perseguição a qual estava associada ao clamor público. Como independia de ordem judicial, houve a preocupação de se fixar a obrigatoriedade de apresentação do preso ao juiz, a quem incumbiria, então, o interrogatório e a oitiva do condutor e das testemunhas. Cumpridos tais atos e, uma vez convencido das suspeitas da prática delituosa, o juiz ratificava a prisão que somente não seria efetivada caso o agente se livrasse solto[20] ou quando prestasse fiança, nas situações em que fosse esta admitida.[21] A

inquérito policial. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 21-57; TORRES, João Camillo de Oliveira. *A democracia...*, op. cit.

18. É importante lembrar que os partidários da República liberal conseguiram implementar os seus ideais de modo que a Constituição de 1891 foi acentuadamente influenciada pelo modelo norte-americano. Aos estados cabiam uma série de poderes que não fossem expressamente negados pelo texto constitucional dentre os quais incluía-se o poder de legislar em matéria processual penal.

19. Prevista pelo Código do Império no art. 131.

20. São as infrações para as quais não foi prevista pena maior do que multa até cem mil reais e prisão, degredo ou desterro até seis meses e três meses de cassa de correção ou oficinas públicas (art. 100 do CPP do Império e art. 299 do Reg. 120 de 1842).

21. Não era cabível fiança nos crimes em que o máximo de pena abstratamente cominada fosse de morte natural, galés, seis anos de prisão com

necessidade da custódia, portanto, não passava por outros critérios que não fossem objetivos e estritamente ligados aos parâmetros abstratos da gravidade delituosa.

Já a prisão imposta aos indiciados por crimes inafiançáveis (art. 175 do CPP do Império)[22] constituía, na verdade, o antecedente direto do que, posteriormente, denominou-se de prisão preventiva. A compulsoriedade que a cercava foi reforçada com a edição do Aviso 160, de 17.06.1870 que condicionou a soltura à prolação de sentença favorável ou à concessão de *habeas corpus*.[23] É certo que o Aviso de 02.01.1865 procurou atenuar o automatismo na decretação exigindo, para além do oferecimento de denúncia ou de queixa, o reconhecimento, pelo juiz, da presença de elementos indicativos de que o réu havia praticado um crime inafiançável.[24] Resultou daí a exigência trazida pela Lei 2.033/1871 de veementes indícios de autoria, os quais poderiam ser obtidos com a declaração ofertada por duas testemunhas, por prova documental ou mesmo mediante confissão.[25]

Foi essa mesma lei, aliás, que fez referência expressa ao termo "prisão preventiva", impedindo, ainda, a sua decretação após um ano da prática delituosa.[26] Já o Dec. 4.824/1871 trouxe dispositivos que

trabalho, oito anos de prisão simples ou vinte anos de degredo. (art. 101 do CPP do Império); àqueles que tiverem sido condenados pelos crimes de conspiração, de oposição à execução de ordens legais proferidas por autoridades, arrombamento de prisão e arrombamento de prisão com o objetivo de maltratar presos (art. 38 da Lei 261 de 1841) e aos que quebrarem fiança concedida pelo mesmo crime (art. 38, par. terceiro).

22. "Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança..."

23. PAULA PESSOA, Vicente Alves de. *Código...*, op. cit., p. 212, nota 1206.

24. Idem, nota 1205. Ver, outrossim: RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Elementos...*, op. cit., p. 73.

25. É o que dispunha o art. 13, parágrafo segundo: "Á excepção de flagrante delicto, a prisão antes da culpa formada só póde ter lugar nos crimes inafiançáveis, por mandado escripto do Juiz competente para a formação de culpa ou á sua requisição; neste caso precederá ao mandado ou á requisição declaração de duas testemunhas, que jurem de sciencia própria ou prova documental de que resultem vehementes indicios contra o culpado ou declaração deste confessando o crime."

26. Como se infere do par. quarto do art. 13, assim redigido: "Não terá lugar a prisão preventiva do culpado se houver decorrido um ano depois da data do crime."

aproximaram a prisão preventiva de sua formatação atual. Com efeito, além da possibilidade de sua decretação de ofício e antes mesmo do início do procedimento do sumário da culpa, o diploma regulamentador trouxe o requisito da conveniência da medida o que abriu caminho para a inserção de elementos subjetivos no padrão de análise judicial.[27] Mas não é só. Houve ainda interessante previsão proscrevendo o uso desnecessário de ferro, de algemas e de cordas, a não ser em casos extremos de segurança o que, de qualquer modo, deveria ser alvo de justificativa por parte do condutor, sob pena de imposição de multa e das demais sanções cabíveis.[28]

Já no terreno da prisão "com culpa formada", antecedente da prisão decorrente de pronúncia, o regime da compulsoriedade também se manteve. Realmente, para a decretação daquela custódia bastava o reconhecimento da convergência de elementos reveladores da admissibilidade da acusação, tanto em seu aspecto material quanto subjetivo.[29] Aliás, a pronúncia relativa aos crimes de responsabilidade de funcionários públicos mereceu uma disposição específica e que apenas reforçou a obrigatoriedade da prisão e de sua manutenção como efeito daquela decisão.[30]

Dessa forma, para o padrão do sistema processual vigente no Império, a admissibilidade da acusação estabelecia uma presunção quanto à necessidade do recolhimento do réu ao cárcere. O rigor da medida, sob um olhar atual, traduzia uma resposta forte e eficaz de um Estado Monárquico, cuja centralização do poder exigia uma atuação igualmente forte da lei. Na verdade, prevalecia a percepção de que a ausência de qualquer medida constritiva pessoal sobre o provável autor do fato delituoso poderia ser reveladora de uma fraqueza, que não era desejável em um Estado que se pretendia forte e que tinha em seus pilares

27. Art. 29, *caput*.

28. Art. 28, *caput*.

29. Como dispunha o art. 144 do CPP do Império: "Se pela inquirição das testemunhas, interrogatório ao indiciado delinquente, ou informações, a que tiver procedido, o Juiz se convencer da existência do delicto, e de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos que julga procedente a queixa, ou denuncia, e obrigado o delinquente á prisão nos casos em que esta tem lugar, e sempre livramento."

30. Conforme art. 165, par. terceiro do CPP do Império (grafia original mantida).

de sustentação a exploração da mão de obra em sua forma mais arcaica, qual seja, a escravatura. Aliás, o rigor das disposições processuais era um dos fatores de contenção de um sistema social que, por natureza, era extremamente injusto e desigual.

3. O Código de Processo de 1941: novos problemas, antigas soluções

3.1 Contexto histórico

O padrão autoritário, comum à política brasileira, permitiu a formação de uma corrente ideológica com iguais contornos na década de 30 do século passado, a qual preconizava um Estado forte, condutor do desenvolvimento econômico e social e capaz de pôr "fim aos conflitos sociais, às lutas partidárias, aos excessos da liberdade de expressão que só serviam para enfraquecer o país".[31] Esse espírito levou ao reconhecimento da necessidade de consolidação da legislação processual que se encontrava esparsa entre as várias unidades federadas. A ideia ganhou força a ponto de assumir contorno de mandamento pela Constituição de 1934,[32] levando, ainda, à elaboração de projeto a cargo de Vicente Raó.[33] Embora este tenha sido inviabilizado por conjunturas políticas decorrentes do golpe que culminou com o Estado Novo, o ideal da centrali-

31. Fausto, Boris. *História...*, op. cit., p. 357.

32. Com efeito, além de competir, privativamente, à União, a legislação do direito processual (art. 5.º, XIX, *a*) dispôs o art. 11 do ADCT: "O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois Ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas, as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelação dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar, dentre em três meses, um projeto de Código de Processo Civil e Comercial, e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal."

33. Além de ter sido presidida pelo Min. Vicente Raó, a comissão foi composta pelos Ministros da Corte Suprema, Antônio Bento de Faria e Plínio Casado e o Prof. Luiz Barbosa da Gama Cerqueira. Na temática relativa à prisão, o projeto alinhou, entre as hipóteses de flagrante, o flagrante presumido (art. 40, c), além de fixar, como requisitos da prisão preventiva, a necessidade de garantia da ordem pública e a conveniência da instrução (art. 46, *caput*). Fixou, ainda, a prisão decorrente de sentença condenatória como efeito naturalmente decorrente desta (art. 299, I) e a "detenção provisória", cabível na fase preliminar da investigação (art. 50).

zação processual manteve-se presente na Constituição de 1937,[34] até que veio a ser definitivamente consolidado em 1941[35] com a promulgação do novo Código.

A nova legislação processual surgiu, pois, em meio a este contexto, marcado por uma crescente centralização política e pelo triunfo dos ideais autoritários.[36] Como produto jurídico do Estado Novo, objetivou conferir "maior eficiência e energia à ação repressiva do Estado contra os que delinquem", justamente porque as leis até então vigentes asseguravam "aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna[va], necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um estímulo à expansão da criminalidade". É nesse quadro que a opção se inclinou para a abolição do que se denominou de "injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social".[37]

3.2 A prisão como regra. A liberdade como exceção

Nesse contexto, soam naturais as soluções que vieram a ser adotadas pelo legislador. Com efeito, no que se referem ao flagrante delito as suas hipóteses foram alargadas com a inserção da figura do denominado flagrante presumido.[38] Dessa forma, o encontro de instrumentos, armas,

34. Que manteve a competência privativa da União para legislar sobre matéria processual (art. 16, XIX).

35. Em realidade, o Dec.-lei 167, de 05.01.1938 foi o primeiro diploma legal no curso da República, a consolidar a matéria processual penal para todo o país.

36. Eduardo Espínola Filho bem observa a tendência centralizadora do poder político durante o Estado Novo e os seus reflexos no campo da legislação processual penal: "Apresentando o novo Código à aprovação do Presidente Getúlio Vargas, o Min. Francisco Campos, numa muito bem traçada exposição de motivos, salientou o que estava na consciência, não só do mundo jurídico nacional, mas também era sentido por todos os brasileiros: a necessidade imperiosa da substituição do direito processual, multiforme, vigente no Distrito Federal e nos vinte e um Estados, por um Código nacional, capaz de assegurar de forma mais eficiente, pela rapidez e pela energia, o trabalho de apuração séria e precisa dos crimes e de punição dos responsáveis por tais infrações." (*Código de Processo Penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, vol. 1, p. 1).

37. Trechos da exposição de motivos do CPP do Império.

38. Art. 302, IV.

objetos ou papéis em poder da pessoa, logo depois da infração e em circunstâncias autorizadoras de uma presunção de autoria, foi colocado ao lado das figuras do flagrante próprio e do quase-flagrante, autorizando, por consequência, a imediata custódia, independentemente de ordem judicial. Nesse ponto, as justificativas dadas pela Exposição de Motivos para esta nova fórmula bem traduzem o espírito repressor então vigente.[39]

Já no âmbito da prisão preventiva, duas foram as hipóteses originariamente previstas. A primeira, uma verdadeira prisão compulsória, foi imposta para os crimes apenados à pena privativa de liberdade máxima igual ou superior a 10 anos de reclusão, ainda que o agente não tivesse sido pilhado em flagrante.[40] Bastava, dessa forma, a prova da existência material do crime – demonstração inequívoca da prática criminosa mediante exame de corpo de delito direto ou indireto – e de indícios de autoria – presunção veemente[41] – para que a custódia processual tivesse cabimento.[42] Tal solução demonstrava a adesão ao princípio da supremacia do interesse social sobre a liberdade individual, o que aproximava a prisão preventiva de uma medida de segurança.[43] A doutrina, de certo

39. "O interesse da administração da justiça não pode continuara ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundem em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este."

40. É o que constava da redação original dada ao art. 312: "A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos". Para um exame sobre tal modalidade de prisão prevista originariamente pelo CPP, ver: Acosta, Walter. *O processo penal*. 4. ed., Porto Alegre: Do autor, 1962, p. 81-83; Faria, Bento de. *Código de Processo Penal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Record, 1960, vol. 2, p. 50-55; Franco, Ary de Azevedo. *Código de Processo Penal*, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, vol. 1, p. 361-369; Leal, Antonio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. Porto Alegre: Freitas Bastos, 1942, vol. II, p. 267 e Rosa, Inocêncio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1942, vol. 2, p. 273-280.

41. Faria, Bento de. *Código...*, op. cit., p. 53.

42. Como dispunha a redação original do art. 311 do CPP.

43. Nesse sentido, tomem-se como exemplo as seguintes considerações dadas por Espínola Filho: "...a prisão preventiva é uma medida de força, em sacrifício da liberdade individual, reclamada pelo interesse social de apurar perfeita e completamente as violações da lei penal, sujeitando à

modo, amparava tais soluções deixando à margem quaisquer análises relacionadas com a vigência do princípio da presunção de inocência.[44] Já a segunda, referida por prisão preventiva facultativa, abriu espaço para uma ponderação judicial, rompendo, dessa forma, com o modelo de compulsoriedade, característico do período imperial.[45] Foi, portanto, circunscrita às exigências da garantia da ordem pública, da conveniência da instrução criminal ou da aplicação da lei penal.[46] De qualquer modo, assim como na obrigatória, a prisão preventiva facultativa somente poderia ser decretada quando houvesse prova da existência do crime e de indícios de autoria[47] e, em ambas as hipóteses, jamais seria cabível quando evidenciada a incidência de alguma excludente de ilicitude.[48]

Mas, ainda que certos avanços tenham sido implementados no terreno da prisão preventiva, o legislador manteve-se fiel à mais legítima tradição jurídica autoritária, ao manter as prisões decorrentes de pronúncia[49] e da sentença condenatória recorrível. Com efeito,

correção os seus autores." (*Código...*, op. cit., vol. 3, p. 374). Em sentido semelhante, dispôs Ary Azevedo Franco: "...uma medida de segurança, tendo por fim não só evitar que o acusado torne a incidir na criminalidade, como para acautelá-lo de vinditas possíveis do ofendido ou de seus parentes..." (*Código...*,op. cit., p. 361-363).

44. Tome-se como exemplo o seguinte trecho de Inocêncio Borges da Rosa: "O indiciado não deve ser presumido inocente nem culpado; ele é o que é: um indiciado sobre o qual, as mais das vezes, a convicção social da sua criminalidade se manifesta no momento do crime e, grau por grau, à medida que corre o processo da instrução." (*Processo...*, op. cit., p. 279)

45. E que estava prevista no art. 313 do CPP.

46. Art. 313, *caput*: "A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal."

47. Mas, para além de qualquer um dos requisitos ligados à necessidade, a prisão preventiva facultativa tinha que se cingir: a) aos crimes inafiançáveis punidos com pena máxima inferior a 10 anos; b) aos crimes afiançáveis, quando o acusado fosse vadio ou quando houvesse dúvida sobre a sua identidade e c) aos crimes afiançáveis quando o réu tivesse sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

48. Art. 314.

49. Que, com o Código, ficou restrita aos crimes dolosos contra a vida e conexos sendo condição para encaminhamento do réu a julgamento pelo Tribunal do Júri.

relativamente à primeira, a decisão de pronúncia implicava, necessariamente, a recomendação do réu à prisão, salvo no caso de crime afiançável e desde que recolhida a fiança.[50] Já pela segunda, a sentença condenatória, ainda que sujeita a reexame, levava à decretação da prisão – ou em sua manutenção –, salvo, obviamente, naquelas infrações afiançáveis e, também, desde que recolhido o respectivo valor fixado pelo juiz.[51]

Havia, dessa forma, uma clara presunção de que uma convicção preliminar de autoria, como no caso da decisão de pronúncia e mesmo a afirmação final de culpabilidade por uma sentença condenatória, ainda que sujeita a reexame, mostravam-se incompatíveis com a manutenção da liberdade do acusado. Ou seja, para o legislador tais situações indicavam um perigo processual, cuja superação passava pelo recolhimento à prisão do réu. Ao mesmo tempo, reforçava-se a mensagem de força do Estado e de efetividade do sistema punitivo.

Não obstante, o exercício de outros importantes direitos, tais como, o da ampla defesa, foram sensivelmente sacrificados em prol da maior efetividade do aparato repressor, em uma clara adesão à força simbólica da prisão e de sua inegável teatralidade social. É o que se verifica com o exercício do direito de recorrer, substancialmente limitado pela exigência de prévio recolhimento à prisão do condenado por crime de que não se livrasse solto ou quando não recolhesse fiança[52] e também pela sanção da deserção da apelação na hipótese de fuga posterior do réu.[53]

Mas não é só. A compulsoriedade da prisão processual fica evidente quando se examina o rigor dado ao tema da liberdade provisória. Efetivamente, pelo sistema desenhado originariamente pelo CPP, no lugar da prisão processual, somente seria cabível a liberdade provisória, com ou sem fiança. Não havia – como ainda não há – a perspectiva de situações intermediárias entre liberdade e prisão diante da absoluta falta de previsão de outras medidas constritivas alternativas. Trata-se, aliás, de situação compreensível em um sistema que toma a prisão processual

50. Art. 408, § § 1.º e 2.º.

51. Art. 393, I.

52. Art. 594: "O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto."

53. Art. 595: "Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação."

como uma condição natural da própria persecução ficando a liberdade relegada ao terreno da exceção.[54]

3.3 Em prol dos amigos do rei: a flexibilização do regime jurídico da prisão processual

Em 1967, em pleno vigor do regime militar, um aceno liberal se fez sentir com a abolição da prisão preventiva obrigatória.[55] A providência, sob certos aspectos, foi paradoxal a se considerar o contexto político acentuadamente autoritário em que foi inserida. De qualquer modo, representou notável avanço ao proscrever medidas processuais que simplesmente suprimiam o poder judicial de apreciação e que tão gravemente afetavam o *status libertatis*.[56]

Anos mais tarde, o sistema relativo à prisão processual sofreu sensível alteração. Não foi este, fruto de um amadurecimento científico, ou mesmo do reconhecimento do caráter cautelar da medida. Em realidade, os motivos foram menos louváveis. É que havia um receio de que o excessivo rigor com que a liberdade era tratada levasse à prisão

54. Scarance Fernandes pontua: "No Código de Processo Penal de 1941 (Dec.-lei 3.689, de três de outubro), a regra era prender o indivíduo durante o processo e mantê-lo preso durante o recurso. A liberdade era a exceção. Privilegiava-se muito mais a prisão do que a liberdade. Essa disciplina refletiu a influência do Código de Processo Penal da Itália, editado na época de Mussolini, em 19.10.1930." (Funções e limites da prisão processual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 64, jan.-fev. 2007, p. 240).

55. A Lei 5.349 modificou os arts. 311 a 316 do CPP, extirpando do sistema a prisão preventiva compulsória que se fundava, exclusivamente, na quantidade de pena abstratamente cominada. O art. 313, por sua vez, veio a ser posteriormente alterado pela Lei 6.416, de 24.05.1977.

56. Noronha, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 174. As críticas doutrinárias à compulsoriedade de toda e qualquer ordem de prisão já eram antigas como bem revela o magistério de Galdino Siqueira: "O desconhecimento de que se trata de uma medida excepcional, restricta aos casos especificados, únicos que a legitimam, decretando-se a prisão sem mais exame e ponderação, tem dado logar a esses abusos que Carrara invoca contra a legitimidade da custódia prevetiva, que passa por essa fórma se torna causa de desmoralisação, deprimindo e abatendo o sentimento da dignidade pessoal..." (*Curso de processo criminal*. 2. ed, São Paulo: Livraria Magalhães, 1930, p. 129-130).

de agentes públicos investigados e processados por abusos praticados durante o regime militar. Foi nesse contexto que se promulgaram as Leis 5.941/1973 e 6.416/1977.

A primeira, que acabou sendo conhecida por Lei Fleury, justamente em razão do agente policial em tese ser por ela beneficiado,[57] trouxe inovações no âmbito da prisão decorrente de pronúncia[58] e daquela fundada em sentença condenatória recorrível.[59] Nos dois casos, a primariedade e os bons antecedentes do réu foram considerados motivos razoáveis para o rompimento do regime da prisão obrigatória que emanava daquelas decisões. A alteração, no entanto, fixou uma presunção genérica quanto à necessidade da custódia ao réu reincidente e ao possuidor de antecedentes criminais. Ou seja, ainda que a mudança tenha atenuado o rigor até então existente, manteve ela certo nível de automatismo na decretação e manutenção das prisões processuais. Afinal, critérios exclusivamente pessoais se sobrepunham a uma reflexão mais detida quanto ao efetivo comprometimento da meta do processo.[60]

Já a Lei 6.416/1977 afetou, sensivelmente, o terreno da liberdade provisória ao acrescentar um parágrafo único ao art. 310 do CPP, possibilitando, assim, a liberdade sem fiança em qualquer crime, quando não estivessem reunidos os requisitos da preventiva. Mas, também alterou a redação original do art. 323, I, do CPP para impedir a concessão da fiança aos crimes apenados com reclusão com pena mínima cominada superior a dois anos. O resultado, é óbvio, não foi dos melhores. Isso porque se estabeleceu inevitável incongruência, fundada em manifesta afronta à proporcionalidade. Afinal, o encargo patrimonial ficou relegado às infra-

57. Sérgio Paranhos Fleury foi delegado do extinto DOPS – Departamento da Ordem Pública e Social –órgão responsável pela repressão à criminalidade comum e política e sobre o qual pairaram inúmeras acusações de práticas de abusos e de torturas, sobretudo durante o regime militar.

58. Conforme disposto no parágrafo segundo do art. 408: "Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revoga-la, caso já se encontre preso".

59. Conforme disposto no art. 594: "O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livra solto."

60. DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 171.

ções de menor gravidade, enquanto que para as demais não se impôs tal ônus, bastando a liberdade provisória com ou sem compromisso.[61]

Dessa forma, por ocasião da vigência da nova ordem constitucional, as prisões processuais penais, previstas pelo ordenamento, estavam restritas à prisão em flagrante (art. 302, I a V, do CPP), à prisão preventiva (arts. 311-316, do CPP), à prisão decorrente de ato decisório de pronúncia nos crimes dolosos contra a vida e de competência do Tribunal do Júri (art. 408, § 1.º, do CPP) e à prisão resultante de sentença condenatória recorrível (art. 393, I e art. 594, todos do CPP). A questão, é certo, foi sensivelmente alterada nos anos que se seguiram. De um lado, por força da instituição da prisão temporária, estabelecida para compor os interesses da investigação criminal. De outro, em razão da reforma processual empreendida em 2008 que extirpou a prisão decorrente de pronúncia e a fundada em sentença condenatória recorrível.

4. A PRISÃO PROCESSUAL E A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

4.1 A presunção de inocência como imperativo do tratamento processual justo do acusado

Como é sabido, a presunção de inocência[62] vinculou-se à superação das formas processuais comuns ao antigo regime em que o réu era consi-

61. Como anota Scarance: "não há, assim, no Código de Processo Penal observância dos princípios da adequação e da proporcionalidade, eis que, na prática de crimes graves, poderá o agente ser beneficiado com a liberdade provisória sem fiança, substituída a prisão em flagrante pela obrigação de comparecer aos atos do processo, não tendo todavia direito a se livrar da prisão mediante pagamento de fiança. Tem o mais e não tem o menos".A fiança criminal e a Constituição federal. *Justitia*. São Paulo, ano 53, vol. 155, jul.-set. 1991, p. 30. Ver, outrossim: MACHADO CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 37-41. No que restou do retalhamento do instituto da fiança pelo legislador, fica a possibilidade de seu arbitramento pela autoridade policial nos crimes apenados com prisão simples e detenção logo após a lavratura do auto de prisão em flagrante e, portanto, sem a necessidade de prévia decisão judicial.

62. Para alguns autores mais adequado seria falar-se em presunção de não culpabilidade. Para um estudo mais detalhado a respeito de tais debates, ver: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 12-15. Para os fins do presente estudo, adota-se a expressão presunção de inocência sobretudo, por não

derado como mero objeto do processo e sobre quem recaía uma aura de culpabilidade e não de inocência. Representou, assim, notável avanço rumo a uma dinâmica de forças mais equilibrada da marcha processual, especialmente, em razão de duas relevantíssimas aplicações. A primeira relaciona-se com a divisão de forças no campo probatório e com a própria regra de julgamento. Ou seja, a superação de uma presunção de inocência fixa o ônus de provar à acusação, na medida em que a dúvida, na mente do julgador, importará em absolvição.[63] Já a segunda aplicação envolve o tratamento processual a ser dispensado ao réu que, para todos os efeitos e perante todos, deve ser considerado inocente até que a sua culpa seja legalmente demonstrada.

A Constituição de 1988 abraçou a regra, erigindo-a à condição de garantia individual. Seguiu, assim, os passos de diversos documentos internacionais de direitos humanos.[64] Foi, contudo, mais ampla uma vez que fixou o trânsito em julgado da sentença condenatória como uma

serem perspectivas contrastantes, mas sim, convergentes. Nesse sentido, pontua Gomes Filho: "Nos modernos textos constitucionais e nas declarações internacionais de direitos humanos do pós-guerra, o princípio vem expresso algumas vezes em termos de presunção, enquanto em outras se prefere a referência ao status do acusado durante o processo (estado de inocência ou de não culpabilidade). Embora não se trate, a nosso ver, de perspectivas contrastantes, mas convergentes, é forçoso reconhecer que no primeiro caso se dá maior ênfase aos aspectos concernentes à disciplina probatória, enquanto que no segundo se privilegia a temática do tratamento do acusado, impedindo a adoção de quaisquer medidas que impliquem sua equiparação com o culpado (O princípio da presunção e inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Revista do Advogado*, 42/30-34, São Paulo, abr. 1994).

63. Há, portanto, para além de um direito subjetivo em favor do acusado, um dever imposto ao juiz de pronunciar uma absolvição, sempre que não tiver certeza da veracidade da tese acusatória. Nesse sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1984, vol. 1, p. 215. Badaró destaca a existência de dois ônus da prova no processo. O primeiro, de caráter subjetivo, direciona a atividade das partes na produção de prova, indicando qual delas haverá de suportar o risco da prova frustrada. Já o ônus subjetivo tocaria o próprio juiz, fixando uma regra de julgamento na hipótese de dúvida (*Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 178-190).

64. Nesse sentido, cabe lembrar: art. 11.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; art. 2.° da Convenção Européia de Direitos Humanos e art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

condição resolutiva da inocência, além de estendê-la a qualquer pessoa e não somente aos acusados.[65] A previsão, note-se, de nenhum modo proscreveu a prisão processual do sistema jurídico-penal. Na verdade, sacramentou a incompatibilidade constitucional das medidas constritivas da liberdade calcadas em critérios outros que não a necessidade de preservação da finalidade do próprio processo. A cautelaridade é, portanto, requisito que deve cercar toda e qualquer prisão anterior à condenação transitada em julgado,[66] sob pena de inadmissível equiparação à prisão-pena.[67]

Nesse contexto, a presunção da inocência figura como diretriz a ser respeitada por todas as atividades estatais ligadas à repressão penal e, também, como garantia ao cidadão de que a culpa haverá de ser alcançada mediante justo processo.[68] A prisão processual, portanto, constitui um regime de exceção de modo que ninguém deve ser a ela submetido caso o ordenamento preveja outras formas menos severas e, ao mesmo tempo, eficazes de controle do bom andamento da marcha processual e de preservação das finalidades do processo. Não foi por menos a opção

65. Abrangendo, assim, os investigados, os suspeitos e todos aqueles passíveis de futura acusação penal.

66. Como medida cautelar que é, a prisão processual está atrelada aos elementos que lhe são próprios, com os ajustes indispensáveis às peculiaridades do processo penal. Daí falar-se em *fumus comissi delicti* – materialidade do crime e indícios de autoria – e *periculum libertatis* – perigo real na manutenção da liberdade do investigado ou acusado. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Limites constitucionais à prisão temporária. *Revista do Advogado*, São Paulo, 42, abr. 1994 e DELMANTO, *As modalidades...*, op. cit., p. 67. Gomes Filho sintetiza: "à luz da presunção de inocência não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação da punição, ou que constituam corolário automático da imputação, como sucede nas hipóteses de prisão obrigatória, em que a imposição da medida independe da verificação concreta do periculum libertatis" (*Presunção...*, op. cit., p. 65). Ainda sobre a cautelaridade penal, ver: BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

67. Nesse sentido, ver: SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisória y derechos fundamentales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

68. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In. COSTA, José Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais. Visão Luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 319-324.

do constituinte em alçar a liberdade provisória ao plano dos direitos fundamentais.[69] Afinal, a manutenção desnecessária da prisão constitui um ataque à própria dignidade humana.[70] Como anota Gomes Filho: "se de um lado a própria existência da imputação caracteriza, por si só, uma condição de desvantagem do cidadão em face do poder punitivo estatal, a afirmação constitucional dos princípios da presunção de inocência e do 'devido processo legal' destina-se a contrabalançar essa carga negativa, indicando ao juiz não apenas uma atitude em face do acusado, ou uma regra de julgamento na hipótese de dúvida, mas o próprio modo pelo qual deve realizar-se a atividade processual, através da integração do direito ao processo com os direitos no processo".[71]

A previsão constitucional provocou, como era de se esperar, uma saudável reflexão no meio acadêmico quanto à manutenção de certos fundamentos para a prisão processual diante da evidente carência de base cautelar a sustentá-los. Foi o que se verificou no enfrentamento dos requisitos da reincidência e dos maus antecedentes tanto para a prisão decorrente de pronúncia quanto para aquela resultante de sentença condenatória recorrível. Além disso, foram reavivados os debates em torno do sempre polêmico argumento de preservação da ordem pública para a prisão preventiva. No entanto, as diversas decisões que se seguiram bem exprimem a dificuldade e a resistência da jurisprudência em operar os novos paradigmas. A elas, somou-se um frenético processo de inovação legislativo-penal deflagrado no final dos anos 80 do século

69. Natural, portanto, a previsão constante no art. 5.º, LXVI, da CF/1988 que afirma a supremacia da liberdade provisória frente à prisão processual. A liberdade provisória, segundo o magistério de Tucci, é medida preventiva e, portanto cautelar, igualmente restritiva da liberdade, ainda que em intensidade consideravelmente menor que a própria prisão (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 316).

70. Como anota Alberto Silva Franco: "Como, portanto, entender que a privação não necessária da liberdade individual não signifique uma pena precipitada e, por isso, uma ofensa à dignidade da pessoa atingida e à de todos aqueles que sofram o risco de serem também, indistinta e imotivadamente, alcançados pelo arbítrio? (...) Vedar-se o direito fundamental à liberdade provisória, quando a prisão é totalmente desnecessária, é, portanto, afronta flagrante ao princípio da dignidade humana" (Crimes *hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90*. São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 53).

71. Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Presunção...*, op. cit., p. 48.

passado, tristemente assistemático e, em grande parte, informado pelo discurso da defesa social. De fato, as soluções, pontualmente desenhadas pelo legislador, visaram acalentar, tão somente, o desejo de recrudescimento do sistema punitivo, revelando pouca ou nenhuma preocupação com os princípios associados com a presunção de inocência.

4.2 A instituição da prisão temporária e sua adequação constitucional

Instituída pela Lei 7.960/1989, resultante da conversão da MedProv 111, de 14.11.1989, a prisão temporária é custódia voltada para a tutela dos interesses da investigação criminal.[72] Os seus pressupostos e requisitos, note-se, não se confundem com aqueles previstos para a prisão preventiva. É que a prisão temporária é desenhada para resguardar a eficiência da atividade investigatória, contribuindo para que esta seja conduzida de forma regular de modo a que se obtenham importantes provas que permitam a construção de uma tese acusatória e a revelação do provável autor. Não se mostra, portanto, cabível no curso da ação penal. Apenas nessa perspectiva seria possível tratá-la como um antecedente lógico da prisão preventiva, embora a decretação de uma não induza necessariamente à outra.

A redação adotada pelo legislador deu, no início, margem a dúvidas interpretativas. É que a previsão de requisitos, aparentemente independentes, levou a posicionamentos radicais, ora se exigindo a convergência de todos – o que levaria à inviabilidade da medida –, ora se contentando com o atendimento de um único – o que ampliaria, demasiadamente, as hipóteses de incidência da prisão. Ao final, prevaleceu o entendimento mais razoável, que procurou identificar e compor os requisitos à luz da cautelaridade – *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.[73]

Dessa forma, a prisão temporária somente é cabível contra aquele sobre o qual foram reunidas fundadas razões de autoria ou de partici-

72. Scarance fez interessante estudo comparativo entre a prisão temporária e o "fermo" do direito italiano,apontando diversas semelhanças (Prisão temporária e "fermo": estudo comparativo. *Justitia*, vol. 157. São Paulo, jan.-mar 1992, p. 22-32).

73. Sobre a constitucionalidade da prisão temporária e sua adequação ao princípio constitucional da presunção da inocência, ver: André, Patrícia dos Santos. Prisão temporária: medida cautelar para crimes leves? *RT*, vol. 691. São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 396 e Grinover, Ada Pellegrini. Limites..., op. cit.

pação em ilícitos penais que foram taxativamente indicados pelo legislador (art. 1.°, III). Ou seja, além da observância a uma legalidade estrita, a custódia não é instituída para apuração de fatos indeterminados e aleatórios, mas sim, daqueles sobre os quais foram reunidos elementos mínimos de vinculação subjetiva. Indispensável, por consequência, a instauração de inquérito policial e a realização de alguma atividade investigatória que reforce um quadro indiciário. Mas não é só. É vital que este requisito venha associado com um dos dois restantes, vale dizer, a imprescindibilidade da medida para a continuidade e sucesso das investigações (art. 1.°, I) ou a ausência de residência fixa da parte do indiciado ou de suficientes dados que permitam a sua identificação (art. 1.°, II). Estas últimas, note-se, constituem situações reveladoras do *periculum libertatis*.[74]

4.3 A prisão preventiva: eternos dilemas

Das modalidades de prisão processual previstas no sistema brasileiro, sem dúvida, a prisão preventiva é a que provoca maiores debates os quais se devem, em grande parte, à opção legislativa por um modelo aberto de revelação de seus requisitos.[75] Isso porque, deixou-se à atividade jurisdicional a tarefa de delimitar o sentido e o alcance das expressões: "conveniência da instrução criminal", "aplicação da lei penal" e "garantia da ordem pública e da ordem econômica".[76] A opção, conve-

74. Delmanto discorda do entendimento que acabou prevalecendo, afirmando que a única composição possível seria entre as hipóteses previstas no inc. II do art. 1.°, reveladoras do *periculum libertatis* e aquela instituída pelo inc. III (*As modalidades...*, op. cit., p. 133-138).

75. Rogério Lauria Tucci diferencia os pressupostos da prisão preventiva – conformação do ato e que estão consubstanciados na materialidade e indícios de autoria e os requisitos – elementos estruturais – dados pela necessidade cautelar: "É de ter-se presente (....) a distinção existente entre pressuposto e requisito: pressuposto, numa visualização extrínseca do ato, diz respeito à sua própria conformação; requisito, por sua vez, intrinsicamente considerado, consubstancia-se num elemento concernente à estrutura deste. Sem o pressuposto, o ato não tem como ser concretizado; sem o requisito o é, porém irregularmente." (*Direitos...*, op. cit., p. 312, nota 9).

76. Foi a Lei 8.884 de 11 de junho de 1994 que inseriu o requisito "ordem econômica" ao lado dos demais. É exemplo claro de inutilidade legislativa. Afinal, o conceito de ordem pública é mais abrangente por já conter a noção de ordem econômica.

nhamos, não é totalmente condenável. Afinal, em sistemas jurídicos, historicamente fundados em uma cultura de respeitabilidade das liberdades fundamentais, a fórmula ganha larga operatividade, revelando-se uma alternativa preferível ao engessamento normativo. No mais das vezes, no entanto, mostra-se desastrosa em sistemas cujos principais atores jurídicos ainda permaneçam ligados a um roteiro autoritário. Nesse passo, um exame histórico da jurisprudência do STF revela as contínuas dificuldades de se fixarem parâmetros exegéticos razoáveis e, ao mesmo tempo, consentâneos com a expectativa cautelar que deva recair sobre a prisão preventiva.

Com efeito, ao procurar delimitar o sentido da expressão "conveniência da aplicação da lei penal", aquela Corte indicou diversas situações, algumas das quais não suficientemente reveladoras de um real comprometimento do aparato punitivo. É o que se verifica com a exigência de vinculação do réu ao "foro da culpa"[77] a qual, em última análise, importaria na obrigação de que ele fixasse domicílio no próprio juízo de conhecimento, sob pena de ver tolhida a sua liberdade. Por outro lado, não foram raros os casos em que a ausência de residência fixa[78] e a fuga do acusado foram tratadas como hipóteses evidentes dos riscos à efetividade da lei penal.[79] Nesse ponto, as soluções se mostram adequadas. Afinal, a inexistência de qualquer dado que permita a localização futura do réu gera um elevado grau de incerteza quanto ao cumprimento do

77. Os julgados são mais antigos, porém numerosos: RHC 48.971/PE, Primeira Turma, Oswaldo Trigueiro, *DJ* 21.05.1971; RHC 51.125/PR, 2.ª T., Barros Monteiro, *DJ* 08.06.1973; RHC 53.561/PB, 2.ª T., Cordeiro Guerra, *DJ* 12.09.1975; RHC 53.616/RJ, 1.ª T., Rodrigues Alckmin, *DJ* 10.10.1975; RHC 54.223/PA, 1.ª T., Cunha Peixoto, *DJ* 08.07.1976; HC 56.374/MG, 1.ª T., Moreira Alves, j. 22.09.1978; RHC 59.197/SC, 1.ª T., Soares Muñoz, *DJ* 25.09.1981; RHC 60.092/PR, 1.ª T., Alfredo Buzaid, *DJ* 03.09.1982 e HC 61.291/SP, 1.ª T., Soares Muñoz, *DJ* 17.02.1984.

78. RHC 61.429/MG, 1.ª T., Rafael Mayer, *DJ* 10.02.1984; RHC 61.113/MG, 1.ª T., Alfredo Buzaid, *DJ* 23.09.1983 e RHC 63.232/PE, 1.ª T., Néri da Silveira, *DJ* 28.02.1986.

79. Mesmo após a CF de 1988. HC 84.202/SP, 1.ª T., Carlos Britto, DJ 02.09.2005;HC 85.335/PA, 2.ª T., Gilmar Mendes, *DJ* 11.11.2005;HC 85.764/RO, 2.ª T., Carlos Velloso, DJ 14.10.2005; HC 98.553/SP, 2.ª T., Eros Grau, DJ 21.08.2009; HC 95.159/SP, 1.ª T., Ricardo Lewandowski, *DJ* 12.06.2009; HC 90.386/SP, 1.ª T., Cármen Lúcia, *DJ* 23.03.2007; HC 91.407/SP, 2.ª T., Ellen Gracie, *DJ* 26.06.2008 e HC 100.480/SP, 1.ª T., Carlos Britto, *DJ* 03.12.2009.

comando condenatório. O mesmo se diga em relação à fuga. Esta, aliás, é reveladora da vontade de se furtar à efetividade do aparato punitivo. Aliás, no que se refere à fuga, são recorrentes, igualmente, os julgados que buscam em tal fato a demonstração do comprometimento da atividade instrutória, justificando a prisão para resguardá-la.[80] Aqui, no entanto, o aspecto mais indubitável do efetivo perigo à regularidade da marcha processual é dado pelo envolvimento do réu, tanto no constrangimento de vítimas e de testemunhas,[81] quanto no desaparecimento ou inutilização de importantes elementos de prova. Enfim, há consenso de que a conveniência da instrução e o resguardo de futura aplicação da lei penal são os requisitos que melhor compõem a natureza cautelar que deve permear toda e qualquer prisão processual. O grande ponto de tensão, contudo, fica por conta da garantia da ordem pública.

Isso porque a expressão está impregnada por um forte subjetivismo que a torna, muitas vezes, sujeita às variações do humor social e da exploração da mídia. Ademais, há clara dificuldade doutrinária em circunscrever o sentido da ordem pública aos ditames da cautelaridade da prisão processual.[82] Nesse passo, a nova ordem constitucional veio

80. Tanto antes, como depois da CF de 1988. Nesse sentido: RHC 62.707/RJ, 1.ª T., Néri da Silveira, *DJ* 27.09.1985; RHC 64.955/SP, 2.ª T., Carlos Madeira, *DJ* 10.04.1987; HC 94.978/SP, 2.ª T., Joaquim Barbosa e RHC 95.143/PR, 2.ª T., Ellen Gracie, *DJ* 17.12.2009.

81. RHC 60.926/RJ, 2.ª T., Aldir Passarinho, *DJ* 24.06.1983; RHC 66.165/RJ, 1.ª T., Oscar Correa, *DJ* 03.06.1988; HC 79.838/BA, 1.ª T., Sepúlveda Pertence, *DJ* 03.03.2000; HC 85.335/PA, 2.ª T., Gilmar Mendes, *DJ* 11.11.2005; HC 89.594/MG, 2.ª T., Eros Grau, *DJ* 13.10.2006; HC 88.476/DF, 2.ª T., Gilmar Mendes, *DJ* 06.11.2006; HC 89.815/PA, 2.ª T., Cezar Peluso, *DJ* 06.06.2007; HC 98.780/SP, 2.ª T., Eros Grau, *DJ* 05.11.2009; HC 100.480/SP, 1.ª T., Carlos Britto, *DJ* 03.12.2009.

82. Vicente Greco Filho, por exemplo, repudiando a associação da ordem pública com a comoção social relaciona-a com a exigência de resposta criminal a fatos que atentem contra um sentimento social básico de respeitabilidade do próximo. Nesse sentido: "É ordem pública, porém, a necessidade de resposta criminal a crimes que atentam contra o sentimento social básico de respeito ao próximo, como crimes praticados com violência desmedida, o praticado contra pessoas indefesas como crianças e idosos, o praticado contra pessoas indefesas como crianças e idosos, os praticados com requintes de crueldade, ou aqueles que, inclusive, tendo em vista o comportamento dissimulado, desafiador, repulsivamente frio ou análogo, causam justa revolta social e que, por essa razão, são incompatíveis com

reforçar as resistências ao emprego da fórmula genérica. É o que observa Gomes Filho: "em matéria de prisão processual, à ideia de ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades de encarceramento provisório que não se ajustam às exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade pessoal adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em exemplaridade, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade abalada pelo crime; ou, ainda, em presunção especial, assim entendida a necessidade de se evitarem novos crimes, pois uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas".[83]

Na jurisprudência, a questão não se mostra menos dramática, havendo notória dificuldade em se precisar o sentido e o alcance da expressão "ordem pública". Uma tentativa de delimitação, e que depois foi seguida por outros julgados, foi dada pelo então Min. Francisco Rezek, ainda antes da vigência da nova ordem constitucional. O raciocínio, calcado no ideal da defesa social, invocou a importância da atuação do sistema punitivo como fator de resguardo da credibilidade do Estado

a permanência do agente em liberdade" (*Manual de processo penal*. 7. ed., São Paulo, 2009, p. 262). O fato é que o relativismo inerente ao requisito da ordem pública sempre provocou desconforto, mesmo na doutrina mais tradicional. Veja-se a propósito o magistério de José Frederico Marques apoiado em Faustin Hélie em Jean Carbonnnier: "Nessa hipótese, a prisão preventiva perde seu caráter de providência cautelar constituindo, antes, como falava Faustin Hélie, verdadeira 'medida de segurança'. A *potestas coercendi* do Estado atua, então, para tutelar, não mais o processo condenatório a que está instrumentalmente conexa, e sim, como fala o texto do art. 313, a própria ordem pública. No caso, o *periculum in mora* deriva dos prováveis danos que a liberdade do réu possa causar – com a dilação do desfecho do processo – dentro da vida social e em relação aos bens jurídicos que o Direito Penal tutela". (*Elementos de direito processual penal*. 2. ed. atual. Campinas: Millenium, 2000, vol. 4, p. 57).

83. Significados..., op. cit., p. 331. Aliás, a crítica ao que considera como dupla presunção de culpabilidade também é feita por Roberto Delmanto Júnior: "sem dúvida, não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em dupla presunção: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime, ou, ainda, envidará esforços para consumar o delito tentado" (*As modalidades...*, op. cit., p. 152).

e também como elemento de garantia da incolumidade física do próprio acusado. Nesse sentido:

"Cuida-se de responder à agressão que o crime, por suas características de violência e vilania, desferiu sobre o meio social local. Cuida-se de preservar a credibilidade do Estado e da Justiça. Subsidiariamente, cuida-se até mesmo de cuidar da incolumidade física do réu, que o crime terá colocado em risco, agravado de modo amplo quando a Justiça entenda de colocá-lo em liberdade enquanto espera pelo julgamento (HC 60.973/PR, 2.ª T., rel. Min. Francisco Rezek, *DJ* 24.06.1983)."[84]

A periculosidade do agente, a gravidade do delito,[85] o clamor público, a perspectiva de disseminação de uma sensação social de insegurança, além das circunstâncias especiais que cercaram o delito,[86] são fundamentos constantemente invocados para a justificação da ordem de prisão preventiva. Ainda que não se tenha detectado mudança substancial de paradigmas por força da nova ordem constitucional, é claramente perceptível, no STF, uma crescente intolerância aos argumentos da gravidade da imputação[87] e do clamor público[88] como fundamentos idôneos

84. Ver, ainda, RHC 63.559/SP, 1.ª T., Néri da Silveira, *DJ* 28.02.1986 e RHC 65.043/RS, 2.ª T., Carlos Madeira, *DJ* 22.05.1987 e, também, mesmo após a Constituição Federal de 1988: HC 69.876/RJ, 2.ª T., Carlos Veloso, *DJ* 18.12.1992; HC 72.865/SP, 1.ª T., Moreira Alves, *DJ* 09.08.1996 e HC 73.292/RS, 1.ª T., Moreira Alves, *DJ* 17.05.1996.

85. RHC 56.577, 1.ª T., Rodrigues Alckmin, *DJ* 16.10.1978; RHC 56.946, 1.ª T., Soares Muñoz, *DJ* 19.04.1998 (j. 27.03.1979); RHC 58.508/PB, 1.ª T., Rafael Mayer, DJ 03.04.1981; RHC 58.770/RJ, 1.ª T., Rafael Mayer, *DJ* 22.04.1981; RHC 59.175/RJ, 1.ª T., Clóvis Ramalhete, *DJ* 13.11.1981; RHC 59.198/SP, 2.ª T., Firmino Paz, *DJ* 02.10.1981; HC 58.931/PR, 2.ª T., Moreira Alves, j. 18.09.1981; HC 59.600/SP, 2.ª T., Firmino Paz, *DJ* 30.04.1982; RHC 61.316/SC, 1.ª T., Alfredo Buzaid, *DJ* 04.11.1983.

86. Como por exemplo: RHC 58.941/SE, 1.ª T., Rafael Mayer, *DJ* 26.06.1981; RHC 59.333/SE, 1.ª T., Soares Muñoz, *DJ* 27.10.1981 e RHC 65.001/PR, 2.ª T., Célio Borja, *DJ* 08.05.1987.

87. Podem ser citados como exemplos: RHC 68.631/DF, 1.ª T., Sepúlveda Pertence, *DJ* 23.08.1991; HC 79.392/ES, 1.ª T., Sepúlveda Pertence, *DJ* 22.10.1999; HC 91.616/RS, 1.ª T., Carlos Britto, *DJ* 06.12.2007 e HC 99.929/SP, 2.ª T., Eros Grau, *DJ* 28.10.2009.

88. São exemplos: HC 71.289/RS, 1.ª T., Ilmar Galvão, *DJ* 06.09.1996 (j. 09.08.1994); RHC 71.954/PA, 1.ª T., Sepúlveda Pertence, *DJ* 03.03.1995; HC 78.425/RS, 2.ª T., Néri da Silveira, *DJ* 19.11.1999; HC 79.200/BA, 1.ª T., Sepúlveda Pertence, *DJ* 13.08.1999; HC 79.781/SP, 1.ª T., Sepúlveda

para a decretação deste tipo de prisão. É o que ilustra o HC 80.719/SP, relatado pelo Min. Celso de Melo:

"A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva inflingir [sic] punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. (...) O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (art. 312, do CPP) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu."

Mas não é só, aquela mesma Corte vem repudiando, vigorosamente, as decisões inspiradas em fórmulas lacônicas, abstratas e meramente repetitivas do texto legal,[89] exigindo, por conseguinte, uma indicação dos dados objetivos que levem à configuração da necessidade da custódia.

4.4 Agonia e morte das prisões decorrentes de sentença condenatória recorrível e de pronúncia

Na esteira, ainda, de uma tradição autoritária, o CPP manteve a obrigatoriedade do recolhimento à prisão do réu como condição da interposição do recurso de apelação da sentença condenatória. O rigor do preceito, como se sabe, foi atenuado com a edição da Lei 5.941/1973 que alterou a redação do art. 594, afastando de seu campo de incidência os réus primários e aqueles possuidores de bons antecedentes. O mesmo caminho foi percorrido pela prisão associada à decisão de pronúncia. Escancaradamente compulsória e inaceitavelmente genérica, a previsão contida na redação original do § 1.º do art. 408 também foi alvo de alteração pela mesma lei e que acabou excepcionando, uma vez mais, os primários e os portadores de bons antecedentes (§ 2.º do art. 408).

Pertence, *DJ* 09.06.2000; HC 80.719/SP, 2.ª T., Celso de Mello, *DJ* 28.09.2001 e HC 98.776/SC, 2.ª T., Cezar Peluso, *DJ* 16.10.2009;

89. Nesse sentido: HC 90.387/SP, Rel. Gilmar Mendes; HC 87.343/SP, Rel. Cezar Peluso; HC 90.063/SP; Rel. Sepúlveda Pertence; HC 88.114/PB, Rel. Carlos Britto e HC 87.794/BA, rel. Marco Aurélio.

As alterações, contudo, não foram suficientes para alinharem tais prisões aos ditames da presunção de inocência. Afinal, a distinção, operada exclusivamente em aspectos subjetivos, não induz, automaticamente, à configuração da necessidade da custódia. Ao contrário, as novas redações fixaram uma presunção de *periculum libertatis* em desfavor dos condenados e dos pronunciados reincidentes ou possuidores de maus antecedentes, o que se mostra inaceitável.[90] Mas não é só. A prisão para recorrer constitui claro cerceamento de acesso ao segundo grau de jurisdição, além de afrontar a isonomia processual diante da inexistência de um óbice correspondente à acusação.[91] Não foi por menos que alguns denominaram tais formas de prisões de processuais e não de cautelares, justamente por estarem associadas a atos decisórios e à superação de etapas do procedimento[92] e não ao resguardo das finalidades do processo.

É óbvio que a consagração constitucional da presunção de inocência acentuou a insustentabilidade de tais previsões. Em um primeiro momento, contudo, as resistências ao novo pensamento foram intensas cristalizando-se em súmula editada pelo STJ onde se afirmou a constitucionalidade da exigência de prisão para a interposição de apelação.[93] Por muito tempo, foi este o pensamento dominante na jurisprudência[94] a ponto de se declarar que a apelação em liberdade consistia em direito

90. Examinando especificamente a prisão decorrente de sentença condenatória, Afrânio Silva Jardim afirma não ser possível dela extrair qualquer uma das características ínsitas à tutela cautelar – acessoriedade, preventividade, instrumentalidade hipotética e provisoriedade. (A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 276-277).

91. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed., ver., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 344. Os mesmos argumentos devem ser aplicados para a situação de deserção do recurso, prevista pelo art. 595, no caso de fuga do apelante.

92. É o que se extrai da lição de Rogério Lauria Tucci. "Afirmação constitucional de desconsideração de culpabilidade prematuramente assentada e consequente direito do acusado de recorrer em liberdade", in *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, 42, abr., 1994 e Direitos..., op. cit., p. 382-383.

93. Trata-se da superada súmula 9 que dispunha: "A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".

94. Como ilustram os seguintes julgados: RHC 67.857, 2.ª T., Aldir Passarinho, *DJ* 12.10.1990; HC 68.342/SP, 1.ª T., Moreira Alves, *DJ* 10.05.1991; HC 68.841/SP, 1.ª T., Moreira Alves, *DJ* 11.10.1991; HC 68.726, Tribunal Pleno,

concedido exclusivamente ao réu que já se encontrava naquele estado ao tempo da sentença.[95]

Gradativamente, no entanto, o STF reconheceu a necessidade de uma fundamentação calcada na cautelaridade e à luz dos requisitos desenhados para a preventiva (art. 312 do CPP).[96] De qualquer modo, essa maior sensibilidade no trato da presunção da inocência foi decisiva para que a matéria fosse regulada de forma completamente diversa quando da reforma processual de 2008. Com efeito, o art. 594 foi expressamente revogado pela Lei 11.719/2008. Já a decretação da prisão associada à decisão de pronúncia perdeu o seu componente estritamente processual para assumir um sinal marcadamente cautelar. Ou seja, ou o réu está preso em flagrante ou por preventiva e assim permanece porque o recolhimento se mostra necessário nos termos do art. 312 do CPP, ou está solto e a decretação de sua prisão preventiva se mostra igualmente necessária pelos mesmos fundamentos.[97]

Néri da Silveira, *DJ* 20.11.1992 e HC 68.037/RJ, 2.ª T., Aldir Passarinho, *DJ* 21.05.1993.

95. HC 68.807/SP, Primeira Turma, Moreira Alves, *DJ* 25.10.1991 e HC 86.627-AgRg/RJ, 1.ª T., Sepúlveda Pertence, *DJ* 11.11.2005. Até muito recentemente tal posicionamento ainda era encontrado em alguns julgados: HC 87.621/SP, Primeira Turma, Carlos Britto, *DJ* 10.11.2006; HC 89.089/SP, 1.ª T., Carlos Britto, *DJ* 01.06.2007; HC 89.824/MS, Primeira Turma, Carlos Britto, *DJ* 28.08.2008 e HC 97.915/SP, 1.ª T., Cármen Lúcia, *DJ* 01.12.2009.

96. Conforme ilustram os seguintes julgados: HC 90.746/SP, 1.ª T., Ricardo Lewandowski, *DJ* 11.05.2007; RHC 89.550/SP, 2.ª T., Eros Grau, *DJ* 27.04.2007; HC 89.331/PE, 2.ª T., Joaquim Barbosa, *DJ* 29.06.2007 e HC 90.753/RJ, 2.ª T., Celso de Mello, *DJ* 23.11.2007.

97. É o que dispõe o parágrafo terceiro do art. 413: "O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão..." É importante observar que a substituição da prisão por outras medidas guarda sentido com outro Projeto de Lei encaminhado ao Legislativo em que grandes inovações são sugeridas às medidas cautelares pessoais. De qualquer modo, o fim da prisão decorrente de pronúncia é sinal de alinhamento da lei processual aos ditames da presunção de inocência. Como anota Nucci: "Atualmente, a alteração introduzida pelo art. 413, par. terceiro, do CPP, forneceu o adequado contorno ao tema. Não há mais prisão cautelar obrigatória, nem tampouco depende a liberdade do acusado de apenas

4.5 *A insistência no modelo das prisões compulsórias: a proibição de concessão da liberdade provisória prevista pelas leis extravagantes*

A despeito da clara mensagem de adesão constitucional a um regime de liberdades, não foram raras as situações em que o legislador ordinário afrontou aquele paradigma, consagrando, em reformas pontuais, o distanciamento da prisão processual do princípio vetor da cautelaridade.

Dentre os vários exemplos dignos de nota, sem dúvida, merece destaque a Lei 8.072/1990 que, como se sabe, instituiu um rigoroso regime repressivo penal para o que se convencionou denominar de crimes hediondos. A bem da verdade, o legislador pretendeu regulamentar o dispositivo constitucional que afirmara a intolerância do Estado frente a determinadas práticas delituosas.[98] Fê-lo, no entanto, de maneira desastrada. Isso porque ampliou, indevidamente, a restrição constitucional aos direitos fundamentais ao proscrever, para além da fiança, a concessão da própria liberdade provisória.[99] Mas, para além da exorbitância regulamentadora, a vedação, posta em termos absolutos, impôs a manutenção da prisão, independentemente de qualquer valoração concreta sobre a sua própria necessidade. Este mesmo equívoco, note-se, foi repetido pela Lei 9.034/1995 que, ao dispor sobre os meios operacionais para prevenção e repressão das ações praticadas por organizações criminosas, vedou, igualmente, a concessão da liberdade provisória aos agentes que tivessem intenso e efetivo envolvimento naquelas.[100]

A jurisprudência, por sua vez, não se mostrou sensível à flagrante inconstitucionalidade de tais dispositivos. No caso dos crimes hediondos, inúmeras foram as decisões – muitas das quais recentes – que reconheceram uma relação estreita entre a inafiançabilidade e a proibição da

dois requisitos (primariedade e bons antecedentes)." (*Tribunal do júri*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 77).

98. É o que dispõe o art. 5.º, XLIII em que se afirmou a inafiançabilidade e a impossibilidade de concessão de graça ou anistia aos crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e os hediondos.

99. É o que estabelecia a antiga redação do art. 2.º, II.

100. Art. 7.º A lei, no entanto, padece de outros conhecidos vícios, dentre os quais a ausência de uma definição clara de organização criminosa que, ademais, não guarda uma correspondência penal típica no ordenamento nacional.

liberdade provisória.[101] Algumas, é certo, admitiram a possibilidade de concessão de liberdade desde que, para tanto, não estivessem reunidos os requisitos da preventiva.[102] A questão ganhou novos contornos com a promulgação da Lei 11.464/2007 que deu nova redação à Lei 8.072/1990, retirando do campo proibitivo a liberdade provisória. Mesmo assim, recentes julgados ainda mantêm a premissa de que a impossibilidade de liberdade provisória é uma decorrência natural do regime de inafiançabilidade imposto pela Constituição.[103]

Já no que se refere ao dispositivo constante da Lei 9.034/1995, em dois julgados proferidos pela 2.ª T.; STF, a inconstitucionalidade foi afastada sob fundamento de que a vedação da liberdade provisória representaria uma especificação legítima feita pelo legislador relativamente ao requisito da ordem pública para a prisão preventiva. A questão não foi sacramentada, tanto é verdade que dúvidas quanto à inconstitucionalidade do dispositivo foram referidas, indiretamente, pelo Min. Celso de Mello, quando do julgamento do HC 95.685/SP e pelo Min. Eros Grau em voto proferido no julgamento do HC 94.739/SP.

De qualquer modo, o mesmo ideal de compulsoriedade da prisão processual foi repetido, novamente, na Lei 9.613/1998 (Lavagem de Capitais),[104] na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas)[105] e na Lei

101. HC 68.514/RS, 2.ª T., Carlos Velloso, *DJ* 19.06.1992; HC 74.108/DF, 2.ª T., Francisco Rezek, *DJ* 11.04.1997; HC 78.086/DF, 1.ª T., Sepúlveda Pertence, *DJ* 09.04.1999; HC 78.820/RS, 1.ª T., Sepúlveda Pertence, *DJ* 16.04.1999; HC 79.386/AP, 2.ª T., Marco Aurélio, *DJ* 05.10.1999; HC 81.871/MT, 2.ª T., Nelson Jobim, *DJ* 21.03.2003; HC 83.468/ES, 1.ª T., Sepúlveda Pertence, *DJ* 27.02.2004; HC 86.814/SP, 2.ª T., rel. Joaquim Barbosa, *DJ* 26.05.2006; HC 89.068/RN, 1.ª T., rel. Carlos Britto, *DJ* 23.02.2007 e HC 89.286/PR, 1.ª T., rel. Carlos Britto, *DJ* 27.04.2007.

102. Podem ser citados como exemplos: RHC 79.200/BA, 1.ª T., Sepúlveda Pertence, *DJ* 13.08.1999; HC 80.064/SP, 1.ª T., Ilmar Galvão, *DJ* 06.10.2000 e HC 85.868/RJ, 2.ª T., Joaquim Barbosa, *DJ* 15.12.2006.

103. HC 92.747/SP, 1.ª T., Menezes Direito, *DJ* 25.04.2008; HC 92.874/SP, 1.ª T., Ricardo Lewandowski, *DJ* 20.06.2008; HC 93.229/SP, 1.ª T., Cármen Lúcia, *DJ* 25.04.2008; HC 93.302/SP, 1.ª T., Cármen Lúcia, *DJ* 09.05.2008; HC 94.521-AgRg/SP, 1.ª T., Ricardo Lewandowski, *DJ* 01.08.2008; HC 95.060/SP, 1.ª T., Carlos Britto, *DJ* 20.03.2009.

104. O art. 3.º vedou a concessão de fiança e de liberdade provisória. O Tribunal Pleno do STF, quando do julgamento do HC 83.868/AM, *DJ* 17.04.09, por maioria, afastou a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo.

105. O art. 44 veda a concessão de fiança, liberdade provisória, *sursis*, graça, indulto e anistia nos crimes tipificados pelos arts. 33, *caput* e § 1.º, 34 e 37 daquela lei.

10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) em uma clara indicação da pouca familiaridade do legislador com os imperativos emergentes da presunção de inocência. No caso do Estatuto do Desarmamento, contudo, a inconstitucionalidade do disposto no art. 21 acabou sendo expressamente declarada pelo STF.[106] Raciocínio semelhante também foi aplicado pela 2.ª T.; quando do julgamento do HC 101.505, relatado pelo Min. Eros Grau, reconhecendo-se, na ocasião, a inconstitucionalidade da prisão obrigatória prevista pelo art. 44 da Lei de Drogas. Nesse sentido:

"Apelação em liberdade negada sob o fundamento de que o art. 44 da Lei 11.343/2006 veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Entendimento respaldado na inafiançabilidade desse crime, estabelecida no art. 5.º, XLIII, da CF/1988. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana."

4.6 A prisão para recorrer nas leis extravagantes

As inconsistências legislativas ainda se fizeram sentir em novas proibições à manutenção da liberdade para a interposição de recursos contra sentenças condenatórias. São os exemplos dados pelo art. 9.º da Lei 9.034/1995[107] e pelo art. 59 da Lei 11.343/2006.[108] No primeiro caso, optou o legislador pelo emprego de uma fórmula absolutamente genérica e imperativa, realinhando-se ao mais puro espírito autoritário. Na segunda, temperou o seu humor com o recurso à desgastada fórmula da primariedade e dos bons antecedentes. Mas, o desejado rigor no trato de crimes reputados graves mostrou-se incongruente quando postas em consideração outras soluções legislativas para crimes igualmente graves. Com efeito, na Lei dos Crimes Hediondos, por exemplo, a prisão para recorrer não é compulsória tendo sido expressa a possibilidade de liberdade, desde que por decisão funda-

106. Conforme ADIn3.112-1, *DOU* 10.05.2007.

107. "O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei".

108. "Nos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar ser recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecidos na sentença condenatória".

mentada do juiz.[109] A mesma solução foi dada para os crimes de lavagem de capitais.[110]

Nesse campo, contudo, os novos ventos anunciam momentos mais promissores. No que se refere à vedação expressa pela Lei de Organização Criminosa, no julgamento da Rcl 2.392/PR, ainda não finalizado, cinco ministros já afirmaram a inconstitucionalidade do art. 9.°. Já com relação à vedação contida na Lei de Drogas, recente acórdão do STF declarou a inconstitucionalidade do art. 44 por considerá-lo contrário ao princípio da presunção da inocência, do devido processo legal e da dignidade humana.

4.7 A ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário e a execução provisória da sentença condenatória

A ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário já era consagrada pelo art. 637 do CPP[111] tendo sido reforçada pelo art. 27, § 2.°, da Lei 8.038/1990[112] que o consagrou, também, para o recurso especial. Os dispositivos, no entanto, não guardam harmonia com o princípio da presunção de inocência por fixarem a compulsoriedade de uma execução de caráter provisório àquele que ainda guarda a expectativa de alteração de sua situação jurídica.[113] Contrariam, ademais, a própria Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) que prevê a expedição de guia de recolhimento somente após o trânsito em julgado da sentença

109. Art. 2.°, §. 2.° da Lei 8.072/1990.

110. Art. 3.°, parte final da Lei 9.613/1998.

111. Assim redigido: "O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença".

112. A Lei em questão regulamentou os procedimentos relativos aos processos de competência originária do STJ e do STF e dispôs, igualmente, sobre o processamento dos recursos especial e extraordinário. Em seu art. 27, par. segundo, foi reafirmado o efeito, exclusivamente devolutivo, de tais recursos.

113. Grinover, Ada Pellegrini; Gomes Filho, Antonio Magalhães; Fernandes, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 298-301.

condenatória.[114] Mesmo assim, a jurisprudência das Cortes superiores sistematicamente mostrou-se avessa a tais considerações,[115] cristalizando a questão com a edição da Súmula 267 do STJ.[116]

A questão, contudo, assumiu novos contornos por força de duas recentes e paradigmáticas decisões proferidas, em sessão plenária, pelo STF. No primeiro, HC 84.078-7/MG, os ministros, por maioria, reconheceram que a prisão fundada, exclusivamente, na inexistência de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, assumiria contornos de execução antecipada da pena sendo, portanto, inconstitucional. A discussão travada envolveu, de um lado, um exame sobre a natureza peculiar dos recursos especial e extraordinário os quais estariam limitados ao reexame de questões de direito e não mais sobre os fatos. Dessa forma, para a minoria, a previsão, tão somente, do efeito devolutivo e a consequente necessidade de recolhimento ao cárcere não configurariam violações ao princípio da presunção da inocência, mas sim, soluções que assegurariam a eficiência do sistema punitivo.[117] O argumento, todavia, não prevaleceu. De um

114. Conforme art. 105.

115. Veja-se a propósito: HC 69.263, 2.ª T., rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 09.10.1992; HC 69.559, 1.ª T., rel. Min. Octávio Gallotti, *DJ* 30.10.1992 e HC 71.053, 1.ª T., rel. Min. Celso de Melo, *DJ* 10.06.1994. Tome-se, ainda, como exemplo o HC 75.152/SP, cujo Relator foi o Min. Maurício Corrêa: "É legítima a execução provisória na pendência de recurso sem efeito suspensivo, extraordinário e especial, a teor do que dispõe o art. 27, § 2.º da Lei 8.038/1990, sem que haja ofensa ao art. 5.º LVII, da CF e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)".

116. Assim redigida: "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão."

117. É fundamentalmente o raciocínio exposto pelo então Min. Menezes Direito, do qual destaca-se o seguinte trecho: "Não me parece, acentuo desde logo, que o inciso LVII do art. 5.º da CF/1988 ganhe o alcance que se vem pretendendo conferir-lhe. A norma 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória' não pode ser equiparada a uma vedação da privação da liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial. Nesses recursos o que está em discussão é a tese jurídica e não a matéria de fato. O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. E é nelas que o julgamento se conclui, reservada às instâncias extraordinária e especial o acesso restrito, exatamente para não prolongar indefinidamente os processos e retardar com isso a execução dos julgados. Não é por outra razão que os efeitos desses recursos são limitados, não

lado, porque o STF reputou o uso das vias recursais, em todas as instâncias, como extensão lógica e natural do exercício da ampla defesa que, por sua vez, obstaria o trânsito em julgado do comando condenatório. De outro, porque não seria possível impor-se a execução da sentença sem que fosse atendida a condição que a subordina. O raciocínio contrário levaria à desconsideração da presunção de inocência que expressamente condiciona o reconhecimento da culpabilidade ao trânsito em julgado. É o que pontuou o Min. Eros Grau:

"A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado, de elidir essa pretensão."

Em sentido análogo, observou o Min. Celso de Mello:

"Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República."

O desrespeito ao princípio da proporcionalidade em face da exigência de execução provisória, também foi apontado pelo Min. Gilmar Mendes, quando do julgamento, dias após, do HC 91.676/RJ. No seu entender, a previsão, não seria necessária, uma vez que o ordenamento

suspendendo a execução. A se admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e estar-se-ia atribuindo por via de interpretação efeito suspensivo a tais recursos. Ora, o princípio da presunção de inocência não está enlaçado pela natureza típica desses recursos, o que quer dizer que o início da execução da pena com o encarceramento do julgamento nas instâncias ordinárias não o atinge. Anote-se que esse raciocínio levaria ao resultado de subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instâncias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais, tornando-se ordinários. A simples interposição dos recursos conduziria ao impedimento de cumprir-se a decisão condenatória."

já contemplaria situações de custódia cautelar que poderiam ser perfeitamente invocadas sem o recurso às fórmulas de aplicação genérica:

"Na espécie, já se demonstrou à saciedade, a partir dos votos vencidos acima referidos, que os eventuais objetivos de semelhante medida podem ser integralmente alcançados com a adoção da prisão provisória.

Configurada a desnecessidade da medida, tendo sua flagrante inadequação, não há dúvida de que, na espécie, a adoção de fórmulas genéricas, calcadas na mera antecipação da execução da pena por não mais haver recursos com efeito suspensivo à disposição da defesa, resulta ofensiva ao princípio da proporcionalidade na sua acepção de necessidade."

5. O novo Código de Processo Penal: o PL 156/2009

5.1 Princípios gerais

Nascido em meio ao desejo do Poder Legislativo de promover um novo Código de Processo Penal que se mostrasse mais adequado aos paradigmas constitucionais, coube ao Senado Federal a iniciativa de instituir uma comissão de juristas que, em abril de 2009, apresentou a versão final do Anteprojeto.[118]

Relativamente à prisão processual, houve uma clara intenção de alinhá-la à presunção da inocência. Não foi acidental, portanto, a sua inserção no campo das medidas cautelares pessoais. A mensagem que se extrai nesse aspecto é vigorosa: são inadmissíveis fundamentos outros para a decretação da prisão processual – ou mesmo para a sua manutenção – que não passem pela afirmação da indispensabilidade da medida para o resguardo dos fins da própria persecução penal.[119]

118. O procedimento foi iniciado com a apresentação do requerimento 228 de 06.03.2008, formulado pelo Senador Renato Casagrande, no qual foram expostas as razões para a instituição, pelo Senado Federal, de uma comissão de especialistas para a elaboração de um anteprojeto de lei para o novo Código de Processo Penal. Pelo Ato 011 de 04 de junho do mesmo ano, foram nomeados como integrantes da respectiva comissão: Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugenio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Félix Valois Coelho Junior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson Miranda Coutinho e Sandro Torres Avelar. A eles foram acrescidos os nomes de Antonio Correia e de Tito Souza do Amaral, pelo Ato 17 de 03 de junho de 2008.

119. Indispensabilidade e não mera necessidade como aduz o disposto no art. 514: "As medidas cautelares dependem de expressa previsão legal e

Por sua vez, a excepcionalidade da prisão provisória foi reafirmada com a previsão de uma série de medidas alternativas menos restritivas e que devem ser objeto de consideração obrigatória pelo juiz antes de se optar pela solução extrema. O sistema proposto guarda, desse modo, o grande mérito de superar a dicotomia prisão/liberdade, vigente no atual modelo e que há muito não mais se mostrava adequada em face dos exageros das situações imaginadas. A proposta apresenta ao juiz um grande espectro de possibilidades variáveis de acordo com a gravidade do fato imputado, suas circunstâncias, bem como em face das condições pessoais do investigado e/ou acusado.

A proporcionalidade é outro importante princípio abraçado pelo Projeto de Lei. Com efeito, de um lado é coibida a imposição de qualquer medida cautelar que represente uma situação mais gravosa do que aquela prevista no preceito sancionatório.[120] Resulta lógica, portanto, a proibição de medida cautelar pessoal às infrações penais em que não for cominada a pena privativa de liberdade.[121] Afinal, se não há perspectiva de restrição final da liberdade, não haveria fundamento para restringi-la no curso da marcha processual. De qualquer forma, a escolha entre as várias alternativas sempre deve ser feita à luz dos parâmteros da necessidade e da adequação. Daí a exigência de que o juiz leve em conta não só as circunstâncias do caso concreto, mas também a personalidade do agente.[122]

A afirmação da legalidade das medidas cautelares pessoais constitui outro importante avanço rumo à consolidação das garantias individuais. Afinal, medidas que afetam o *status libertatis*, em maior ou menor grau, devem, obrigatoriamente, ser alvo de expressa previsão legal, evitando-se, assim, a inovação judicial e o recurso ao expediente das cautelares

somente serão admitidas como meio absolutamente indispensável para assegurar os fins da persecução criminal e da reparação civil..."

120. É o que dispõe o art. 515: "È vedada a aplicação de medida cautelar que, em tese, seja mais grave do que a pena decorrente de eventual condenação".

121. Como dispõe o art. 522 do Projeto: "As medidas pessoais previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for cominada pena privativa de liberdade, quer isolada, quer cumulativamente ou alternativamente a outras espécies de pena."

122. Como assinala o par. único do art. 517: "A escolha será orientada pelos parâmetros da necessidade, adequação e da vedação do excesso, atentando-se o juiz para as exigências cautelares do caso concreto, tendo em vista a natureza e as circunstâncias do crimes".

inominadas que poderiam gerar incerteza e fomentar a insegurança jurídica. Trata-se, aliás, de previsão perfeitamente alinhada aos ditames da garantia do devido processo. Afinal, a restrição da liberdade supõe não só amparo legal, mas também, observância de um procedimento que possa ser qualificado de justo.

O alinhamento com os ditames de um modelo acusatório de persecução penal resta igualmente evidente quando se identifica, na proposta, a proibição de decisão de ofício no curso da fase investigatória. Nesta fase, qualquer medida depende de prévia iniciativa da autoridade policial, responsável pela condução dos trabalhos investigatórios, ou do Ministério Público, a quem cabe o zelo pela efetividade do poder-dever punitivo estatal.[123] A exceção fica reservada à possibilidade de substituição da prisão por outra medida cautelar quando então seria permitido ao juiz agir independentemente de prévia provocação.

5.2 *A preocupação com o respeito das garantias individuais*

É interessante notar a preocupação do Projeto com a efetividade dos direitos e garantias individuais em tema tão sensível que é o da prisão processual. As demonstrações de tal zelo não foram poucas.

De fato, na esteira da afirmação da dignidade da pessoa humana, o uso de algemas, foi relegado às situações absolutamente excepcionais, evitando-se, assim, o uso indiscriminado daqueles instrumentos e a exploração midiática, tão nociva à imagem de quem tem a seu favor a presunção de inocência. Daí a vinculação do uso de algemas aos concretos receios de fuga ou à necessidade de preservação da integridade do executor da ordem, de terceiros ou do próprio preso. Nessa mesma linha, o emprego de algemas jamais pode expressar mero desejo de castigo e tampouco se prolongar por tempo indeterminado.[124]

O resguardo da integridade física do preso não foi olvidado pelo Projeto. Com efeito, o emprego de força, quando da execução da ordem de prisão, ficou restrito às situações indispensáveis tais como a fuga ou

123. Veja-se a propósito, o disposto no parágrafo único do art. 513 do Projeto: "Durante a fase de investigação, a decretação depende de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial, salvo se a medida substituir a prisão ou outra cautelar anteriormente imposta, podendo, neste caso, ser aplicada de ofício pelo juiz."

124. Conforme o art. 525, §§ 1.º e 2.º, do Projeto.

a resistência.[125] Ademais, a realização de exame de corpo de delito será obrigatória sempre que o preso apresentar sinais de lesões corporais ou mesmo quando o seu estado de saúde se mostrar debilitado.[126]

O direito ao silêncio, por sua vez, ganha uma dimensão mais adequada aos preceitos constitucionais. De fato, pela primeira vez prevê-se uma norma clara que assegure o respeito ao silêncio tão logo a prisão seja executada. Nessa perspectiva, caberá aos agentes responsáveis pelo cumprimento da ordem de prisão ou mesmo quando da prisão em flagrante advertir o investigado e/ou acusado de tal direito sob pena de absoluta desconsideração das declarações que venham ser informalmente colhidas.[127] Por sua vez, as garantias de assistência familiar e jurídica ganharam a efetividade que já era reclamada desde a promulgação do texto constitucional. Resulta daí a previsão de contato telefônico com familiar ou qualquer pessoa indicada pelo preso e, ainda, a efetiva assistência de defensor constituído ou público[128] durante o ato da prisão, inclusive aquela resultante de flagrante delito.

É igualmente importante destacar a preocupação com a garantia do contraditório revelada pela possibilidade de manifestação da parte contrária, antes da decisão judicial, ressalvadas, obviamente, as situações de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.[129] Nessa linha, o Projeto procura desconstruir a imagem de incompatibilidade absoluta entre a perspectiva de imposição de medida cautelar pessoal e o respeito ao contraditório. Afinal, via de regra, o contraditório é fonte de enriquecimento do acervo processual permitindo que o juiz tenha uma visão mais completa do objeto de sua decisão o que, reconheça-se, é vital em aspectos tão sensíveis como aqueles que tocam a liberdade da pessoa.

5.3 *Medidas cautelares pessoais*

Pretendendo superar todos os incovenientes de um sistema pautado por opções extremadas, a proposta desenhada pelo Projeto busca insti-

125. Conforme art. 525, *caput*, do Projeto.

126. De acordo com o art. 530 do Projeto.

127. Conforme art. 534, I, do Projeto.

128. De acordo com o art. 534, III e IV, do Projeto.

129. É o que dispõe o art. 519 do Projeto: "Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo."

tuir uma série de medidas cautelares pessoais que operariam como alternativas à prisão processual, a qual estaria circunscrita ao critério da excepcionalidade. A grande variedade de medidas busca atender às especificidades das diferentes imputações criminosas o que se mostra adequado em face da individualidade que deve permear o sistema punitivo. Nesse cenário, cabe ao juiz o dever de sempre examinar a viabilidade e o cabimento de medidas menos restritivas do que a prisão.

No terreno das prisões provisórias, foram delineadas apenas três categorias que não são estranhas em nosso sistema, a saber: a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva. A primeira constitui a reação imediata do Estado frente ao flagrante distúrbio social causado por uma pratica delituosa. A segunda está associada à preservação dos interesses ligados à investigação criminal sendo de curta duração. Por fim, a preventiva permanece sendo a prisão provisória por excelência podendo representar o destino final das duas anteriores. Assim sendo e, na linha do que já tinha sido consagrado pela reforma processual de 2008, o Projeto abandona, de vez, com a prisão decorrente de pronúncia e daquela resultante de sentença condenatória recorrível.

5.3.1 Prisão em flagrante

Na indicação das situações de flagrante, um primeiro ponto a chamar a atenção é a ausência de referência expressa à hipótese de quem é surpreendido quando acaba de cometer a infração. A omissão, contudo, não pode ser interpretada como abandono de tal possibilidade, até mesmo porque, cuida-se de uma extensão natural do flagrante *in faciendo*. Ademais, seria absurdo imaginar a configuração do quase-flagrante e também do ficto e não admitir a prisão em situação de intensa visibilidade e imediatidade. Não obstante, o Projeto inova no tratamento do quase-flagrante e do presumido os quais foram tratados em um único inciso. De forma perigosa, a proposta alarga a figura do flagrante presumido a qual não ficaria mais circunscrita ao encontro do agente em poder de objetos ou de instrumentos relacionados com o delito, bastando qualquer situação que levasse a uma presunção de autoria.[130]

Na esteira de entendimento jurisprudencial consolidado, o projeto incorpora, de certo modo, a súmula 145 do STF ao considerar nulo o

130. Conforme art. 538, I e II, do Projeto.

que se convencionou denominar de flagrante preparado. No entanto, para além do critério objetivo dado pela impossibilidade de consumação, e que já havia sido reconhecido pelos tribunais, a proposta acrescenta o elemento subjetivo representado pela determinação da provocação para a realização da ação.[131] Na verdade, o projeto integra elementos da preparação com a provocação subjetiva. A confusão conceitual prossegue quando o projeto excepciona de tais hipóteses a ação controlada. Ora, como se sabe, a ação controlada, regulada pela Lei 9.034/1995, jamais poderia ser confundida com a preparação ou mesmo com a provocação sendo na verdade um retardamento da intervenção policial e que é autorizado como forma de abrandar o dever legal de imediata prisão que é imposto às autoridades policiais e seus agentes.

De qualquer forma, a grande novidade trazida pelo projeto repousa na absoluta provisoriedade da prisão em flagrante. Com efeito, por se tratar da única modalidade de prisão que independe de ordem judicial para ser efetivada, prevalecerá até a comunicação judicial quando então, obrigatoriamente, será convertida em preventiva ou então substituída por alguma outra medida cautelar, incluída nestas a fiança ou a liberdade provisória mediante termo de comparecimento.[132] A previsão, note-se, é altamente salutar tornando concreto o preceito constitucional que impede a manutenção da prisão de qualquer pessoa quando cabível a liberdade provisória. O juiz fica, portanto, obrigado a decidir sobre o *status libertatis* do preso o que, seguramente, será importante fator a impedir a continuidade automática da prisão em flagrante tal como ocorre pelo atual sistema.

5.3.2 *A prisão temporária*

A proposta, embora tenha mantido a prisão temporária instituída pela Lei 7.960/1989, fixou requisitos mais rigorosos para a sua decretação. A ideia de tutela dos interesses da investigação foi preservada, porém, limitada à necessidade de garantia de realização de ato essencial, que não seja o interrogatório, e desde que presentes indícios precisos e objetivos de que o investigado obstruirá a investigação. Mas não é só. O cabimento

131. Veja-se a propósito, a redação do art. 539, *caput* do Projeto: "É nulo o flagrante preparado pela polícia, com ou sem a colaboração de terceiros, quando seja razoável supor que a ação, impossível de ser consumada, só ocorreu em virtude daquela provocação."

132. Art. 543, I, II, III e IV, do Projeto.

de tal prisão ficou bastante reduzido, porquanto cabível nas infrações penais com pena máxima igual ou superior a doze anos ou nas hipóteses de formação de quadrilha ou bando ou de organização criminosa.[133]

O prazo de duração ficou restrito aos cinco dias, prorrogáveis por igual período, desde que comprovada a extrema necessidade.[134] Nada impede que o juiz fixe um prazo menor condicionado a vigência da prisão à realização do ato investigativo que foi apontado e reconhecido como essencial. De qualquer forma, o prazo mais elástico de trinta dias que havia sido instituído pela Lei dos Crimes Hediondos foi abandonado. A liberdade, por seu turno, independe de prévia expedição de alvará de soltura, sendo imperiosa ao término do prazo de duração. O Projeto não resolveu, contudo, a situação em que a continuidade do trabalho investigatório revele a desnecessidade da custódia. Aqui, no entanto, toda a lógica deve conduzir à imediata soltura a ser efetivada pela própria autoridade não sendo cabível a exigência de prévia decisão judicial.

Tratando-se de medida cautelar circunscrita à investigação, a atuação de ofício do juiz é proscrita. Uma vez mais, foi a fórmula encontrada pelo Projeto para resguardar os valores ligados ao sistema acusatório, afastando, dessa forma, qualquer envolvimento judicial no trabalho de construção da tese acusatória. A ordem depende, portanto, de provocação da autoridade policial ou do Ministério Público, sendo imperiosa a oitiva deste quando resultante de representação da primeira.[135]

5.3.3 *A prisão preventiva*

Ao tratar das hipóteses representativas da cautelaridade, o Projeto manteve a conveniência da instrução criminal e a garantia de futura aplicação da lei penal como requisitos da preventiva ao lado das sempre polêmicas necessidade de resguardo da ordem pública e da ordem econômica.[136] A manutenção destas fórmulas não veio acompanhada de qualquer tentativa de delimitação do sentido e alcance de expressões tão impregnadas de relativismos. No entanto, o Projeto procurou consolidar o entendimento jurisprudencial segundo o qual a gravidade do delito, por si só, não pode servir de fundamento idôneo à decretação da preventiva.

133. Art. 551 e § § 1.° e 2.°, do Projeto
134. Art. 552, *caput*.
135. Ver, nesse sentido, o art. 553 do Projeto.
136. Art. 544, *caput*, do Projeto.

Se de um lado, os subjetivismos permanecem, de outro procurou o Projeto limitar sensivelmente o campo de incidência da preventiva, proibindo-a para os crimes culposos e para os crimes dolosos cujo máximo da pena privativa fosse igual ou inferior de quatro anos, a exceção dos delitos cometidos com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. Aqui fica evidente o zelo pelo coesão do sistema punitivo. Afinal, tais infrações se mostram compatíveis, a princípio, com as penas restritivas de direitos em substituição às penas privativas de liberdade (art. 44, I, do CP).

Mas não é só. Informado pelo caráter humanitário que deve permear a persecução penal, o Projeto também veda a prisão preventiva aos maiores de setenta anos, à gestante a partir do sétimo mês de gravidez (ou se esta for de alto risco) e, finalmente, à mãe que mantiver convívio com filho de idade igual ou inferior a três anos ou que necessite de cuidados especiais.[137] Também estão afastados de tal prisão aqueles que forem portadores de doenças gravíssimas que exigissem tratamento em estabelecimento adequado.

Mas, seja quanto ao tipo de infração imputada, seja quanto ao caráter humanitário, as proibições não se mostram absolutas. De fato, a prisão preventiva será cabível, a despeito das vedações, quando verificado o descumprimento injustificado de outras medidas cautelares pessoais. Ademais, em se tratando de maiores de setenta anos, de gestante com gravidez avançada ou de alto risco e mãe cujo filho menor de três anos encontre-se em uma relação de direta dependência emocional por força do convívio, a prisão, mesmo assim, ainda poderá ser excepcionalmente decretada "em face de exigências de extraordinária relevância" desde que insuficientes outras medidas cautelares pessoais.[138]

Na regulamentação do prazo de duração da prisão preventiva, a proposta é altamente confusa. Ao optar por um modelo de determinação exata do prazo máximo de duração da custódia, o Projeto, além de fixar um complexo mecanismo de regras, exagera nos prazos. Com efeito, o limite máximo da prisão preventiva em qualquer situação será de três anos, ainda que a contagem seja feita de forma descontínua.[139] Por sua

137. Se a preocupação foi a de resguardar os interesses do menor que ficaria submetido a uma situação de risco, é incompreensível o fato de o legislador não ter previsto a mesma solução para o pai que se encontrasse na mesma situação.

138. É o que prevê o art. 545, § 2.°, do Projeto.

139. Art. 547, § 2.°, do Projeto.

vez, para as diferentes fases do processo, o Projeto estabeleceu prazos próprios. Assim, caso a prisão tenha sido decretada antes da prolação da sentença condenatória recorrível, o prazo máximo será de 180 dias.[140] Caso seja decretada ou prorrogada quando da sentença condenatória, o prazo de duração será também de 180 dias, independentemente do período de recolhimento provisório anterior.[141] E a estes prazos serão acrescentados outros 180 dias no caso de interposição, pela defesa, de recursos especial ou extraordinário.[142] Mas não é só. Na hipótese de imputação de crime com pena máxima cominada igual ou inferior a doze anos, todos os prazos serão acrescidos de 60 dias.[143] Finalmente, caso o preso fuja após a execução da medida, os prazos, após a recaptura, serão contados em dobro.[144]

O exagero das fórmulas ainda se manifesta no relativismo estabelecido ao que, em tese, deveria ser o prazo limite de prisão antes da prolação de sentença em primeiro grau. De fato, mesmo com o escoamento do prazo de 180 dias e consequente soltura do réu, o juiz poderia novamente decretar a preventiva na hipótese de fuga comprovada por não atendimento reiterado de intimações judiciais[145] ou em razão de "comportamento gravemente censurável do réu após a sua liberação".[146] Tanto em uma quanto na outra hipótese, a nova medida teria o prazo máximo de 360 dias de duração.[147] De qualquer modo, toda e qualquer prisão que exceder o prazo de 90 dias será objeto de reexame pelo juiz sob pena de ser reputada ilegal a custódia.[148]

6. Conclusões

1. A restrição da liberdade é um dos temas mais dramáticos do processo penal, mostrando-se extremamente sensível à formatação autoritária do Estado. No Brasil, o tratamento dado à prisão processual sempre

140. Art. 546, I, do Projeto.
141. Art. 546, II, do Projeto.
142. Art. 546, § 2.°, do Projeto.
143. Art. 546, § 3.°, do Projeto.
144. Art. 547, § 1.°, do Projeto.
145. Art. 548, § 1.°, II do Projeto.
146. Art. 548, § 1.°, III do Projeto.
147. Art. 548, § 2.°, do Projeto.
148. Art. 550, *caput* do Projeto.

foi pautado por um excessivo rigor e compulsoriedade, reveladores de um desapego aos valores ligados à presunção da inocência. Esta cultura autoritária, sólida e sedimentada, revelou a sua face em diferentes perspectivas ligando o legislador e o operador do direito. Nessa linha, não é difícil compreender as dificuldades enfrentadas para vivificar a legislação processual à luz dos ditames hauridos pela nova ordem constitucional. A bem da verdade, a liberdade não foi incorporada pelos diversos atores como um valor-fonte do qual deve ser extraída a excepcionalidade de toda e qualquer custódia. De fato, ainda há grande dificuldade na compreensão do exato sentido da cautelaridade no processo penal e de sua vinculação estreita com os requisitos da urgência, da necessidade e da indispensabilidade.

2. Dada a evidente incapacidade dos vários atores em incorporar os novos paradigmas, não restou outra alternativa a não ser a hercúlea tentativa de promulgação de um novo Código de Processo Penal. Nessa linha, o Projeto de Lei 156/2009 de iniciativa do Senado Federal teve uma clara preocupação em alinhar as exigências da prisão processual com os ditames da presunção de inocência. Nesse aspecto, muitas das soluções adotadas são positivas. Destacam-se o rompimento com a dicotomia prisão/liberdade que sempre foi fomentadora de situações extremadas, a previsão de diversas medidas cautelares alternativas à prisão e adequadas à diversidade das diversas situações, além da supremacia do critério da proporcionalidade representado pela indispensabilidade, necessidade e vedação do excesso.

3. O Projeto, no entanto, peca em alguns pontos, especialmente na manutenção do requisito da ordem pública para a prisão preventiva sem qualquer tentativa de delimitação de seu alcance. Afinal, até hoje não se alcançou um consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre tal expressão. Da mesma forma, o Projeto opta por um caminho por demais delicado e que envolve a fixação de prazos determinados de duração da custódia. Se, de um lado a proposta põe fim com a indeterminação temporal da prisão preventiva, por outro, esbarra em regras por demais complexas e que conduzem a prazos por demais exagerados.

4. Em realidade, as alterações legislativas não são suficientes a ponto de superar uma cultura jurídica autoritária. Nem é possível depositar, naquelas, tal expectativa. De qualquer forma, a busca por um novo diploma processual penal é uma louvável tentativa de se resgatar a sistematização perdida nos últimos anos e que foi causada por reformas pontuais e contraditórias, muitas das quais ainda alimentadas pelo

discurso da defesa social. No entanto, sabemos que o trabalho não será completo sem uma efetiva incorporação dos valores ligados à liberdade e à presunção de inocência por parte do legislador e dos operadores do direito. Esta é a grande mudança de base. É o nosso desafio. Afinal, direito não é só previsão é, sobretudo, operação.