

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Exposição de Motivos. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 9 mai. 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicao-demotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 10358, de 2018. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A1D31AD0E05F1D90D67E9FBBB-72D9F87.proposicoesWebExterno1?codteor=1670293&filename=Avulso+-PL+10357/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A1D31AD0E05F1D90D67E9FBBB-72D9F87.proposicoesWebExterno1?codteor=1670293&filename=Avulso+-PL+10357/2018). Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html). Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: Supremo Tribunal de Justiça, 9 set. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Direta de Inconstitucionalidade 6345. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5881168>. Acesso em: 20 set. 2020.

FANON, Franz. Pele negra máscaras brancas. Tradução de Renato da Silveira Prefácio de Lewis R. Gordon. Salvador: EDUFBA Salvador, 2008.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIRES, Thula. Racializando o Debate sobre Direitos Humanos. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 15, n. 28, p. 65-75, 2018. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2019/05/sur-28-portugues-thula-pires.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

REGUEIRA, C.; ALVES, R. Diferença da expectativa de vida da pessoa negra no RJ chega a 22 anos, dependendo do município. G1 Rio, Rio de Janeiro, 14 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/07/14/diferenca-da-expectativa-de-vida-da-pessoa-negra-no-rj-chega-a-22-anos-dependendo-do-municipio.ghtml>. Acesso em: 20 set. 2020.

ZAFFARONI, E. Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Recebido em: 15/03/2020 - Aprovado em: 12/09/2020 - Versão final: 05/11/2020

# REFLEXIONES SOBRE EL REFUERZO PUNITIVO PENAL: SOBRE EL PAPEL DEL RECLAMO SOCIAL Y LA TEORÍA DE LA OFERTA IDEACIONAL

*REFLECTIONS ON PENAL REINFORCEMENT: ABOUT THE ROLE OF SOCIAL CLAIMS AND THE THEORY OF IDEATIONAL SUPPLY*

**Marina Oliveira Teixeira dos Santos**

Doutoranda pela Universidade de Salamanca e mestre em ciências jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra (grau obtido em 2019). Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5631870315520284>

OCIRD: 0000-0002-3276-2590

marinaots@usa.es

**Resumen:** Este trabajo busca entender la expansión del refuerzo punitivo penal que empieza a finales del siglo XX y se extiende hasta los días de hoy. Para eso será desarrollado el estudio a partir de la perspectiva del papel del reclamo social por un Derecho Penal cada vez más fuerte y su relación con la actividad de los medios de comunicación y de los responsables políticos por el establecimiento y cumplimiento normativo. Asimismo, será tratada la teoría de la oferta ideacional como esencial para la comprensión del movimiento de importación de normas penales gravosas que acompaña este proceso de refuerzo punitivo penal.

**Palabras-clave:** Refuerzo Punitivo Penal, Sociedad, Oferta Ideacional, Importación de Ideas.

**Abstract:** This work seeks to understand the expansion of punitive reinforcement that begins at the end of the 20th century and continues until this day. For this, the study will be developed from the perspective of the role of social claims for an increasingly strong Criminal Law and its relationship with media's activity and political leaders on the process of law making and compliance. Likewise, the theory of ideational supply will be treated as an essential item in order to understand the movement of internalization of norms that accompanies this process of penal reinforcement.

**Keywords:** Penal Reinforcement, Society, Ideational Supply, Internalization of Norms.

El refuerzo punitivo penal que ocurre a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI por los países occidentales es un fenómeno que requiere un estudio más profundo. Para que se pueda comprender por qué, en una sociedad cada vez más moderna,

muchas veces más igualitaria y con organizaciones políticas y democráticas desarrolladas, se produce un Derecho Penal con características demasiado regresivas, que huyen al concepto de derecho penal mínimo ya propuesto y defendido por Beccaria en el

siglo XVIII (BECCARIA, 2013).

Esto porque, actualmente, parece que hemos vuelto a tener características propias del mundo premoderno, en el que la pena era ejecutada en público y con un carácter claro de humillación y exhibición. Volvemos a asistir, como propuesto por Del Rosal Blasco, “en determinadas prácticas penales recientes, a la deliberada humillación de algunos delincuentes individuales (DEL ROSAL BLASCO, 2009, p.53).

En ese ámbito el trabajo buscará la respuesta para la siguiente pregunta: ¿De qué manera la presión social, impulsada en gran medida por los medios de comunicación, por un lado, y la teoría de la oferta ideacional, por otro, actúan en la expansión del Derecho penal? Para contestar la investigación se centrará en el análisis de la relación entre la divulgación mediática de grandes casos de delincuencia organizada – presión social y gubernamental por una mayor punibilidad - Vs. la teoría de la oferta ideacional.

La amplia divulgación por los medios de comunicación de los casos involucrando las delaciones premiadas<sup>1</sup> en Brasil nos sirven como buenos ejemplos de esta práctica. Durante toda la operación “Lava Jato”, desde el 2014, los medios de comunicación y la población estuvieron muy presentes en las discusiones: los acuerdos de colaboración premiada, que deberían ser tratados en carácter de estricta confidencialidad entre el Ministerio Público, el colaborador y su defensor y, eventualmente, la policía,<sup>2</sup> eran ampliamente difundidos, así como las deposiciones escritas y orales de muchos de los colaboradores.<sup>3</sup>

La amplia divulgación de casos paradigmáticos, en especial – y aquí nos limitamos a tratar del contexto brasileño – los que involucran las delaciones premiadas, corrupciones, blanqueo de capitales y figuras prominentes de la esfera pública y privada, gana terreno e importancia en el imaginario de la población. De tal manera que es esperada la divulgación de todas las noticias relacionadas con la gran criminalidad, aunque de otro modo pertenecieran a procedimientos penales normativamente sigilosos. Es decir, la amplia divulgación referente a procesos penales de gran importancia mediática ya es un hecho dado: una práctica normal esperada por la sociedad.

Además, es importante evidenciar que durante todo este proceso de amplia divulgación lo que más gana importancia social es todo lo que abarque los aspectos positivos de la persecución penal o del uso de institutos como la delación premiada. O sea, hay una mirada que se aleja de fundamentos y garantías procesales y constitucionales y, por lo tanto, genera tensión y un reclamo general por más penalidades, más persecuciones penales. Pocos son los casos que apuntan, por ejemplo, la ilegalidad en divulgarse acuerdos de delaciones premiadas y sus deposiciones antes de una decisión judicial que quite su confidencialidad (según la actual normativa) o antes de la formalización de la denuncia (conforme la Ley n.º 12.850/2013 antes de la actual reforma de diciembre de 2019). En los pocos casos que se resaltan esas ilegalidades, estas son muchas veces percibidas como un “mal más pequeño” frente a la lucha contra la gran criminalidad y a los beneficios de la persecución penal.

Por consiguiente, aunque en cierta medida, salimos del camino propuesto por Beccaria en el siglo XVIII en el sentido de que un proceso penal con juzgamientos y pruebas públicas sería esencial para impedir el abuso del poder por las autoridades a partir de la evaluación entre partes iguales (BECCARIA, 2013, p. 48-50). Esto porque el sistema actual es uno que alimenta el miedo a la criminalidad, a la inseguridad y desarrolla la noción de riesgo penal. Y que, por consiguiente, retroalimenta la búsqueda legislativa por una mayor y más grave persecución penal.

Este argumento se concreta al analizarse la forma que toma hoy el castigo, el que deja de ser apenas “un aparato para hacer frente a los delincuentes, una entidad administrativa circunscrita, discreta, legal” y pasa a ser, además, “la expresión del poder del Estado, la afirmación de la moralidad colectiva, un vehículo de la expresión emocional, una política social condicionada por motivos económicos, la representación de la sensibilidad vigente y un conjunto de símbolos que despliega un ethos cultural y ayuda a crear una identidad social” (GARLAND, 1999, p. 326).

Nos encontramos, así, en un camino de dos vías. En la que, por un lado, los responsables por las políticas penales, por medio de un discurso populista, influyen la opinión pública con mensajes sobre los riesgos que les amenazan, los enemigos en común e la necesidad de neutralizarlos por medio de recursos y reformas legales (DEL ROSAL BLASCO, 2009, 55-56). Y, por otro lado, la opinión pública como un organismo propio -aunque en gran parte influenciada por los medios de información, la divulgación de persecuciones penales de alto apelo etc. – que, por sí misma, requiere la maximización del Derecho Penal.

Además, es un sistema que sigue retroalimentando por el hecho de que la necesidad de aumentar las penas, crear más delitos y punir más en los ámbitos nacionales suele ser solucionada a partir de las ofertas que están disponibles a los legisladores y a los operadores del derecho.

De esta manera la reflexión hecha por Weyland en el sentido de que los actores políticos no pueden, todas las veces, producir una elección racional que refleje sus demandas en específico parece ilustrar el actual contexto en el que vivimos. Esto porque, muchas veces, aunque los actores políticos tengan metas muy claras – en el caso en debate la maximización de la tutela penal - “tienen mucha incertidumbre respecto a los mejores medios para conseguirlos”. Esto es, “saben ‘qué es lo que quieren, pero no saben ‘cómo’ alcanzarlo de la mejor manera” (WEYLAND, 2011, p. 121).

De tal modo que los diseños y reformas institucionales que pasan en este contexto de refuerzo punitivo penal dependen no sólo de factores de demanda, los cuales como ya hemos estudiado tienen una base débil en la opinión pública, como también de los modelos que son ofertados. O sea, de los modelos punitivos y de las instituciones de naturaleza investigativa preexistentes por las cuales el poder político puede guiarse.

Uno de los grandes problemas de este contexto de importación de ideas ofertadas es que la mayoría de las veces los agentes políticos y legislativos responsables por este trabajo hacen una búsqueda extremadamente limitada a las noticias más dramáticas y a lo que más les llama la atención. De tal forma que no conducen evaluaciones detalladas sobre beneficios, costes y limitaciones, “tienden a sobrestimar los signos tempranos de éxito o fracaso, llegando a conclusiones precipitadas acerca de la calidad inherente de una innovación a partir de una modesta fuente de datos que potencialmente no es representativa”(WEYLAND, 2011, 123).

Por consiguiente, en este antojo por el refuerzo punitivo penal comúnmente se importan modelos y mecanismos ajenos que se ajustan de manera algo imperfecta, pudiendo tener consecuencias graves a depender de la situación o del sistema vigente en el país de recepción. Y en esos casos son dos los posibles escenarios derivados: (i) en primer lugar, los modelos y instituciones importados pueden actuar como mera fachada, sin aplicación práctica debido a una gran incompatibilidad inicial casi insuperable; (ii) en un segundo lugar, el uso forzado de la institución o modelo puede ser contraproducente al debilitar el sistema inicial del país. En este último caso Weyland

concluye que “los esfuerzos por poner en marcha una institución importada (...) [hacen con que] el desarrollo institucional pueda incluso sufrir un revés, porque la innovación termina siendo desacreditada mientras que los actores internos son tentados o se sienten obligados a regresar a mecanismos más viejos y menos avanzados” (WEYLAND, 2011, p. 124).

Entretanto, tenemos que añadir a su conclusión la posible situación en la que el uso forzado de una institución, aunque a principio incompatible con el sistema vigente, empieza a normalizarse a tal punto que llegue a ser considerada parte esencial de un sistema con el cual sigue en choque.

Para ejemplificar volvemos al instituto de la delación premiada según la legislación penal brasileña. El modelo de oportunidad, más conectado al modelo anglosajón de proceso penal y al estadounidense basado en las “*pleas bargainings*” empieza a ganar fuerza en el proceso penal de origen europea continental, basado en la legalidad y en la incoación obligatoria de la acción penal<sup>4</sup> a partir de las últimas dos décadas del siglo XX.

En este sentido, cuando se adopta el modelo de la delación premiada en Brasil a partir de la Ley n.º 12.850/2013, después de una buena recepción de los demás mecanismos de oportunidad pensados a la pequeña y mediana criminalidad, los que tenían un carácter de alternatividad, conciliación y minimización de la persecución penal, se adopta un sistema de negociación privada entre el encausado o investigado y el miembro del Ministerio Público (o de la policía, con participación del MP), permitiéndose la no incoación de la acción penal como uno de los premios posibles, se quita el proceso penal del poder judicial y se aproxima del sistema estadounidense de “*plea bargainings*”.

De tal manera que su amplio uso durante operaciones de combate a la corrupción y a la delincuencia organizada con amplia divulgación por los medios de comunicación, la pusiera en un pedestal erigido por la opinión pública como un instrumento procesal de los más

útiles e imprescindibles. Sin, entretanto, considerarse (i) por un lado las incompatibilidades con el propio proceso penal brasileño; y(ii) por otro lado, las propias deficiencias del modelo importado<sup>5</sup>.

La difusión del modelo estadounidense de oportunidad en el ámbito penal, además, ocurre de una manera progresiva en relación con cada contexto nacional. O sea, la adopción de políticas criminales que implican en un mayor encarcelamiento y una mayor sensación de inseguridad social se difunde universalmente, aunque en mayor o menor velocidad y proporción dependiendo del contexto interno de cada país.

El hecho de que la oferta disponible de modelo punitivo sea justamente el estadounidense, entretanto, es más o menos claro según la teoría o la metodología de investigación adoptada. Pavarini, por ejemplo, lo explica a partir de una perspectiva “banal” conforme la cual el proceso de universalización de las políticas estadounidenses coincide con su emergencia como una “capital económica, política y culturalmente hegemónica”(PAVARINI, 2009, p. 78). Langer, por otro lado, explica la hegemonía de EE.UU en Latinoamérica a partir de entrevistas y de documentos formales que establecen la relación entre las reformas de los Códigos Penales en Latinoamérica y la actuación real, de naturaleza política, de instituciones estadounidenses en dicho proceso (el Department of Justice y la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional)(LANGER, 2007, p.657).

En definitiva, se busca el combate a la delincuencia organizada a través de medios que incentivan y facilitan la punición penal de los sujetos activos, minimizando las garantías de los sujetos involucrados y generando contradicciones fundamentales con los sistemas legales nacionales. Esta es la consecuencia final – o por lo menos la que tenemos hasta el presente momento – de la conjunción de ambos factores analizados en este breve artículo: la presión social por un refuerzo punitivo penal ampliamente basado en el riesgo y la adopción de medidas punitivas a partir de las ofertas disponibles en modelos centrales, en especial en el modelo estadounidense en el caso paradigmático usado en este trabajo.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Y aquí decimos delación premiada, no “colaboración premiada”, puesto que lo más importante es resaltar el carácter negativo de dicho instituto procesal. Esto porque normativamente es nombrada “colaboración premiada”, según la Ley n.º 12.850/2013, permitiendo muchas más formas de colaboración que apenas la delación de otros sujetos involucrados en la organización criminal. Entretanto, parte de la doctrina aún sigue con el término “delación premiada” en una expresa tentativa de marcar su carga de devaluación (RODRIGUEZ, 2018, p.3).
- <sup>2</sup> Esto porque durante la operación *Lava Jato* – y hasta la mudanza hecha a partir de la Ley n.º 13.964/2019 – La Ley n.º 12.850/2013 disponía el sigilo del acuerdo de colaboración premiada hasta la recepción de la denuncia contra el colaborador por el juez competente.
- <sup>3</sup> Sobre la amplia divulgación en los medios de comunicación de la Lava Jato, en una perspectiva claramente punitiva: TERRA; CALDEIRA, 2016.
- <sup>4</sup> Aunque siempre que se habla de incoación obligatoria de la acción penal debe

ser añadido el hecho de que muchos factores típicos, antijurídicos y culpables ni siquiera llegarán al conocimiento de las autoridades investigativas, así como otros tantos no podrán ser incoados por falta de carga probatoria que sostenga los indicios necesarios para que se empiece la persecución procesal penal.

- <sup>5</sup> En este sentido, varios autores ya proponen reformas que llevan en consideración las debilidades del sistema de “*plea bargaining*”, el que sigue siendo tomado como ejemplo a ser adoptado en los más diversos sistemas judiciales como forma efectiva de lucha contra la delincuencia organizada. Appleman, por ejemplo, apunta la necesidad de inserirse normas constitucionales en EE.UU con el objetivo de controlar judicialmente la actividad de los “prosecutors”, así como la posibilidad de la creación de un “*plea jury*” que tuviera la competencia para juzgar y avalar la plea (APPLEMAN, 2010, p.736-737). Conferir también sobre otras posibles reformas en el sistema estadounidense: TRAUM, 2015, p.863.

## REFERÊNCIAS

APPLEMAN, Laura. The plea jury. *Indiana Law journal*, v. 85, p. 731-750, 2010.  
BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Traducción: Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Editora Pillares, 2013.  
DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. ¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Tecnología*, v. 11, n. 8, 2009, p. 1-64.  
GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna*. Traducción: Berta De La Concha. México: Siglo XXI editores, 1999.  
LANGER, Máximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: diffusion of legal ideas from the periphery. *American Journal of Comparative Law*, v. 55, p. 617-676, 2007.  
PAVARINI, Massimo. *Castigar al enemigo: criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito: Flasco, 2009.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TERRA, Luiza; CALDEIRA, Felipe. Mídia e influência no julgamento criminal: (im)parcialidade judicial e a operação Lava Jato. In: SÁ, P.; BUSATO, P.; SCANDELARI, G. (org). *Perspectiva das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016. p. 170-182.

TRAUM, Anne. Using outcomes to reframe Guilty Plea Adjudication. *Florida Law Review*, v.66, n. 2, p. 823-879, 2015.

WEYLAND, Kurt. Cambio institucional en América Latina. Traducción: Juan Camilo Maldonado. *América Latina Hoy, Revista de Ciencias Sociales*, v. 57, p.117-143, 2011.

Recebido em: 05/03/2020 - Aprovado em: 08/05/2020 - Versão final: 10/09/2020