

Transacción penal: Aspectos controvertidos¹

Olinda, 30 de abril de 2003

Geraldo Prado

Doctor y Maestro en Derecho por la UGF,
juez criminal en Río de Janeiro y autor de libros
y artículos en el área del proceso penal.
Coordina el site www.direitosfundamentais.com.br
geraldoprado@terra.com.br



The focus of this article is the role of criminal procedure in Brazilian law, specifically the use of consensual criminal justice, a practice by which the parties agree to a sentence without completing all of the steps of the legal process. The author suggests that the key terms used by both supporters of and opponents to this approach be defined a priori.

The article offers a discussion of the stormy process of restructuring criminal procedure in Brazil beginning with the Constitution of 1988. He also considers the negative effects of perceiving criminal procedure law and the guarantees of due process as obstacles to efficiency and justice.

A second article provides a more in-depth analysis of the movement to reform Brazil's criminal justice system.

El tema que me fue propuesto es el de la transacción penal en el derecho brasileño. Por supuesto, las limitaciones de espacio y tiempo han contribuido para la selección de aspectos que yo considero básicos y que, analizando el instituto, configuran su soporte teórico y los principios reales de aplicación.

Ante todo, es necesario hacer una introducción que, creo yo, no cansará a los abogados más experimentados, a los promotores de justicia y a los jueces que se encuentran aquí prestigiando este seminario, pero por cierto ayudará a los alumnos que empiezan a estudiar el Derecho Procesal Penal. La apreciación contextualizada de lo que llamo crítica a la justicia penal consensual, a la justicia a través de la cual es posible la aplicación de una sanción penal sin respetar a las reglas del proceso legal, exige que el oyente (lector) se comprometa con significados definidos *a priori* sobre categorías presentes en los discursos de todos los que apoyan la transacción penal como de los se que resisten a ella.

La pertinencia del tema, sin duda, es evidente en las fronteras de la discusión de quince años de una Constitución que, a su vez, es bastante inestable en sus reglas y en su aplicación. El sentimiento de inestabilidad, de no permanencia, está subrayado principalmente porque esta Constitución fue reivindicada como documento de bautismo de un nuevo momento democrático de la sociedad brasileña y ha constituido el producto de luchas, de transformación y de transición democrática de un país cuya historia innegablemente está marcada por el predominio de períodos de autoritarismo. Esta Constitución desde su promulgación, sin embargo, sufre ataques y reformas. Es necesario comprender lo siguiente: siendo la Constitución más que un documento jurídico, ella es la orientación para la sociedad brasileña; hecha en un ambiente de transformación, de trayectoria del régimen autoritario al régimen democrático, debe representar innumerables anhelos y proyectos de Brasil y de vida que la sociedad brasileña desearía ver respetados. Este documento de 1988 jamás podría ser, como ningun-

¹ Se trata de la transcripción de la conferencia hecha en el Seminario Internacional de Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales de la Moderna Ciencia Penal, promovido por la Facultad de Derecho de Olinda -PE-, el 30 de abril de 2003. Nos decidimos por mantener la informalidad del discurso oral. Sobre el tema, el autor tiene publicado el libro Elementos para una Análisis Crítica da Transação Penal, Rio de Janeiro, LUMEN JURIS, 2003.

na Constitución moderna y democrática, un documento completamente armónico. En efecto, fuerzas antagónicas, adversarios históricos, estaban representados en el proceso constituyente de 1987/1988, y si estamos discutiendo un documento que debe ser el resultado de un relativo consenso, entonces debe expresar un contrato social involucrando diversos segmentos de la sociedad brasileña. Por cierto, la Constitución también es un producto de acuerdos para que los intereses de esos grupos antagónicos, de las personas y de los segmentos de la sociedad brasileña que están en posiciones contradictorias pudieran estar allí reunidos, indicados bajo la tutela jurídica.

Desde el punto de vista práctico, es indiscutible que tal situación llevó a una Constitución que no es armónica. La Constitución de la República de 1988 funciona como una suerte de campo de tensión permanente; y esta visión de la Constitución como un campo de fuerzas vivo hace que ella se proyecte en el cotidiano de manera distinta para los diversos sujetos sociales, de acuerdo con el pluralismo de situaciones y papeles que los envuelven concretamente.

No es por otro motivo que los operadores jurídicos pueden verse ante la posibilidad de actuar con un dispositivo constitucional, o de acuerdo con un principio constitucional, y percibir al mismo tiempo que la actuación niega otro principio constitucional, yendo contra otro dispositivo de otra norma constitucional, considerando intereses completamente distintos de los intereses que han generado la primera norma mencionada.

Situando la materia próxima al tema de la transacción penal, voy a explicarlo más detalladamente. La historia del Proceso Penal y del Derecho Penal Brasileño es la historia de la manipulación política del orden jurídico para el control de segmentos de la sociedad brasileña. Es una historia que tiene sus momentos de contradicción. Lenio Streck, en su prefacio al libro de Nereu José Giacomolli², sobre los juicios especiales criminales, se refiere al hecho cuando evoca, por ejemplo, la Constitución del Imperio y la supresión de las penas crueles, mientras que el subsiguiente Código Criminal del Imperio, de 1830, permitía la aplicación de penas crueles contra los esclavos huidos. Este es sólo un ejemplo de cómo los intereses en la sociedad brasileña son antagónicos, cómo pueden ser aparentemente pro-

tegidos por el texto constitucional, y finalmente ser contradichos en los textos legales y en el cotidiano, negándosele vigencia a los principios sobre los cuales parecería existir un amplio asentimiento en el nivel superior de acuerdo político.

Por consiguiente, lo que se tiene históricamente es una Constitución del Imperio que presta sus homenajes al movimiento iluminista y un código criminal que sigue siendo brutal, dirigiendo su brutalidad, su tendenciosa perversidad, hacia un grupo marginalizado de brasileños. Si hiciéramos una retrospectiva de esos casi doscientos años del derecho penal brasileño, desde la llegada de la familia real, sería inevitable la conclusión de que el ejemplo mencionado de los esclavos se repetirá en todos los momentos de “perfeccionamiento del sistema legal criminal”, y terminará introduciéndose como oposición dicotómica en el seno de la última Constitución.

En todos los períodos de “actualización” del sistema penal hay un discurso compatible con los más importantes principios y garantías que una sociedad democrática debería realmente hacer valer. Tendremos, sin embargo, una práctica que lo niega. Por supuesto, esta no es una cuestión estrictamente brasileña, y la historia mundial del constitucionalismo, o al menos la historia del constitucionalismo de la sociedad occidental, percibió tal asimetría, y cada vez más, especialmente después de la segunda mitad del siglo pasado. Al término de la Segunda Guerra Mundial creció el movimiento para disminuir la distancia entre principios y garantías constitucionales y su aplicación práctica, principios y garantías dirigidos a la defensa de los intereses jurídicos que forman la estructura de la dignidad de la persona humana y la concreta actuación de los delegados de policía, de los policías militares, de los jueces, los promotores de justicia y los abogados.

Hay un movimiento de reconocimiento de la importancia de los derechos fundamentales para la verdadera solidificación de una sociedad democrática. En Brasil hemos conocido un período autoritario que comienza con el golpe de Estado de 1964 y ve su término en 1985. La Constitución brasileña promulgada en 1988 debería enterrar, desde el punto de vista del derecho y del proceso penal, las prácticas de manipulación racistas y violentas. ¿Cómo hacerlo específicamente en el ámbito del

La historia del Proceso Penal y del Derecho Penal Brasileño es la historia de la manipulación política del orden jurídico para el control de segmentos de la sociedad brasileña.

² Giacomolli, Nereu José, Juizados Especiais Criminais: Lei 9.099/95, 2ª edición, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

proceso penal? En el catálogo de derechos y garantías básicas está previsto un método para penalizar al infractor penal. Si hay sospecha de que alguien es autor de una infracción penal, es necesario investigar para obtener un mínimo de elementos que ofrezcan condiciones al titular de la acción penal (al Ministerio Fiscal si la acción es pública, al ofendido si la acción es privada) de comparecer delante del juez y decir: mire, le traigo una acusación y pretendo probar que este sujeto, sospechoso de la práctica de un crimen, lo ha cometido y tiene que ser punido. En esa estructura procesal penal, el Ministerio Fiscal o el ofendido, en los crímenes de acción penal privada tendrán una posición de parte que permitirá al juez, aunque sea en tesis, juzgar las peticiones con imparcialidad.

Por otro lado, la Constitución misma dice: “re, tu eres sujeto de derechos y tienes un status jurídico; tienes derecho a un abogado; tienes derecho a no ser condenado por medio de pruebas obtenidas ilícitamente; tienes derecho a la presunción de inocencia hasta el término de la sentencia condenatoria; y no podrás ser juzgado en proceso secreto, porque el proceso debe de ser público y, siempre que sea posible, prevalecer la oralidad”. La Constitución de 1988 en su artículo 5º tiene, por consiguiente, una serie de reglas que establecen el modo en que alguien pueda ser penalizado criminalmente y esas reglas forman un principio del proceso legal.

Como fue dicho, una Constitución configura un poderoso campo de fuerza muy receptivo hacia los movimientos internacionales. Mientras que el artículo 5º prevé el clásico debido proceso legal, en el artículo 98, I, de la misma Constitución, se observa un método diverso para el examen de la responsabilidad penal de alguien. El artículo 98, I, de la Constitución introduce en el ordenamiento jurídico brasileño la justicia penal consensual. Se trata del vehículo constitucional a través del cual el proceso legal es amenazado o, en los términos de la legislación brasileña actual, la ley 9.099/95, es prácticamente suprimido. Dice el inciso I del artículo 98 de la Constitución que las infracciones de menor poder ofensivo serán juzgadas por un juez natural diverso, en el caso el juicio especial criminal, delante del cual será ordenado un procedimiento también diverso, oral y sumarísimo, con posibilidad de solución de la controversia penal por medio de aplicación de la pena a alguien por la transacción penal. ¿Cómo surge esa regla? ¿Por qué ella se encuentra allí, si es tan contradictoria con las exigencias del artículo 5º de la Constitución, de un

proceso más lento, más cuidadoso, del género que Carnelutti afirmaría necesariamente basado en la actividad probatoria? Se debe subrayar que en el género de proceso “tradicional” la responsabilidad del juez surgirá por medio de una sentencia debidamente motivada, con la condena condicionada a la afirmación del juez de la existencia de pruebas que acreditan la realización por el responsable de la infracción penal.

¿Cómo surgen aquí esas dos disposiciones tan contradictorias? En mi visión, el primer elemento entre los diversos que se combinan tiene que ver con nuestra angustia existencial, con la creencia de que el tiempo que pasa es muy generoso con la criminalidad o con los criminales, y que la mejor justicia, la más eficaz, la que es capaz de tutelar los derechos del ciudadano víctima de un crimen, es la justicia rápida, sumaria. Como subraya Salo de Carvalho, este elemento está asociado al concepto de tiempo, de nuestro tiempo que no puede ser medido del mismo modo para cada uno, y no es medido de la misma manera en todas las épocas de la humanidad. Nuestro tiempo es un tiempo de urgencia, es el tiempo de Internet, el tiempo de la comunicación inmediata, el tiempo en que una persona muere de síndrome asiático en un hospital en China, y pocos minutos después, en Brasil, todos sabemos cómo se llama esa persona y las causas de su muerte. Es un tiempo, como en la música, que no para y no puede esperar.

Se trata de llevar al sistema un conjunto muy grande de infracciones penales que forman parte de la llamada cifra oculta, crímenes no notificados y no investigados, y que, por estar incluidos en esta cifra oculta, por un grado mínimo de lesión al bien jurídico (pequeñas lesiones corporales, eventualmente el crimen de amenaza), eran tratados por métodos de investigación según la denominada resolución alternativa de disputas.³

Yo formé parte del Ministerio Público en Río de Janeiro, entre 1985 y 1988, en un pueblo del interior llamado Cambuci. Muchas veces he llegado al fin el año solamente con 40 investigaciones instauradas. En noviembre de 1985 sustituí a un promotor de justicia local en un pueblo próximo, São Sebastião do Alto, y recibí una investigación instaurada en aquel día y era el décimo del año. ¿Por qué? Porque muchas de las cuestiones que envuelven infracciones penales, pero no tratan de conflictos intersubjetivos más graves, se solucionaban de manera diferenciada.

³ La llamada cifra oculta es compuesta también por crímenes más graves y de diversa naturaleza que los llamados de menor potencial ofensivo. El raciocinio desarrollado en este párrafo es el de que parte de las infracciones consideradas de menor gravedad no constituían objeto de persecución penal en virtud de la adopción de medidas informales de resolución de litigios, principalmente (pero no con exclusividad) en el campo policial.

Es cierto que era posible detectar casos de corrupción, pero también había soluciones no relacionadas a la corrupción, y que, para aquellas pequeñas comunidades, eran más compatibles con su cultura y con los intereses de las personas involucradas que el modelo de solución que el derecho ofrecía, o sea, la pena criminal.

Desde punto de vista de la corrupción es peligroso situar la solución de conflictos en áreas no visibles. Pero creo que ese riesgo lo han aceptado de manera diferenciada las personas que desean que el Estado se muestre más presente en el área criminal, porque está muy ausente en la social.

En Europa, en los años 70 y 80, y en Brasil, después de la Constitución de 1988, y principalmente luego de la sanción de la Ley 9.099/95, se concluyó que era importante mostrar todas esas infracciones penales. El derecho penal pasó a difundirse por medio de la visibilidad de una serie de cuestiones que antes no eran conocidas por las instancias oficiales. Quien hoy frecuenta una jurisdicción especial criminal sabe que estas jurisdicciones procesan cada mes centenares de casos de infracciones de pequeño potencial ofensivo. Y los procesan porque ahora, de acuerdo con el artículo 69 de la Ley 9.099/95, cuando alguien se considera víctima de infracción de pequeño potencial ofensivo se dirige a la comisaría, cuenta sucintamente lo ocurrido, y el comisario de policía en lugar de instaurar la inquisición policial, edita un término circunstanciado, documento sintético en el que hace constar el relato en cuestión y lo envía al juicio especial criminal. Entonces, la administración de la justicia criminal, significando la prestación jurisdiccional del Estado para solucionar los conflictos, ahora es entendido como una cosa importante hasta para ese grupo de infracciones de menor gravedad, pero lleva consigo el aumento de las demandas de sentencias judiciales, aumento de las demandas de soluciones en virtud del aumento del número de procesos.

Puesta la cuestión en estos términos es necesario desarrollar un mecanismo para que el aumento no bloquee la justicia criminal, posibilitándole la solución de los casos sin el peligro de interdicción por exceso de demanda. Los mecanismos están previstos en la Ley 9.099/95. El principal –la transacción penal– consiste en un acuerdo entre el

Ministerio Público y el supuesto autor de la infracción penal. ¿Cómo hacer viable, entonces, la adopción de un mecanismo procesal que posibilite la aplicación inmediata de la pena anulando el derecho de defensa mencionado en la Constitución? ¿Cómo imponer un proceso penal condenatorio sin contradictorio? En suma, la técnica consiste en la construcción de un monumental aparato ideológico para transmitir al sospechoso la idea de que él tiene “el derecho de ser punido”. El discurso real es: “tú tienes el derecho de ser punido, pero punido por medio de una pena que jamás te llevará a la prisión; es una pena restrictiva de derechos y en esas circunstancias tú no serás considerado reincidente y esta punición no afectará tu vida civil”, lo que no es verdad. Quien ya observó el proceso de conductores de autobuses⁴ en juicios especiales criminales, sabe que ellos no obtienen empleo después de que aceptan la transacción penal. En la perspectiva social y bajo el punto de vista simplemente individual no vale la aserción jurídica de que el sospechoso no será reconocido culpable por la infracción penal. Aquellos que ya estuvieron en una sala de audiencia de juicio especial pueden preguntar a los pasantes de abogado que allí se encuentran: ¿Qué piensas de aquel individuo que aceptó una propuesta de pena formulada por el Ministerio Público? El pasante de abogado contestará que probablemente él es culpable, en caso contrario no aceptaría la pena.

¿Cómo imponer un proceso penal condenatorio sin contradictorio? (...) la técnica consiste en la construcción de un monumental aparato ideológico para transmitir al sospechoso la idea de que él tiene "el derecho de ser punido"

Todo el sistema está hecho para que en este contexto, en esta audiencia muy rápida compuesta de pocas formalidades y requisitos, se pueda encontrar la efectividad del derecho penal relacionado a hechos que, en su mayoría, no deberían siquiera ser criminalizados por el legislador. Entonces se ve en Brasil la introducción de una estructura completamente diferente de la prevista por el artículo 5º de la Constitución, estructura que empieza a ser aplicada con la idea de que la mejor solución de casos controvertidos es la obtenida a través de acuerdos entre las personas involucradas en el conflicto. La base de esta idea es que no hay nada socialmente más saludable y justo que la convergencia de intereses entre los dos sujetos en posición antagónica. Es la idea que aparece, por ejemplo, en la obra de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes y Antonio Magalhães Gomes Filho, que aplauden la posibilidad de que el consenso pueda penetrar en el derecho penal brasileño.

⁴ Es relevante destacar que el crimen de lesiones culpables no es de la competencia de los Juicios Especiales Criminales después de haber entrado en vigor el Código de Tránsito Brasileño, aunque por fuerza del artículo 291 del citado Código está igualmente sujeto a las medidas previstas en la Ley 9.099/95, entre ellas la transacción penal.

Estos profesores, por quien tengo profundo respeto, pues conocen muy bien el proceso penal, están en compañía de Damásio de Jesus y otros. Y es Damásio de Jesus quien defiende la ampliación de la técnica del consenso para permitir la negociación hasta sobre la pena de prisión.

Se deben subrayar la fragilidad y el carácter de ilusión de este consenso que se establece entre un Estado muy poderoso y la población brasileña, en general muy empobrecida. El público bajo la mira de la intervención penal está compuesto en su mayor parte, como observa Guillermo O'Donnell, por personas que hace muchos siglos fueron la meta del derecho penal, no para que fuera instrumento de protección de los derechos fundamentales, sino para que estas personas, que se encuentran en la base de la sociedad, pudieran tener sus reivindicaciones de un Estado de justicia, de un Estado de bienestar social, que en América del Sur jamás se realizó. En el discurso de la doctrina hegemónica estos individuos tienen autonomía de voluntad: personas a quienes se les niega la condición de real autonomía económica, social y cultural, se les quiere dar exclusivamente la autonomía en el campo penal, para un único y exclusivo objetivo, el de aceptar ser punido. Y la estructura es tan desfigurada que sectores de la doctrina brasileña logran ver en eso un derecho subjetivo. En mi trabajo cito a Vicente Ráo, en *El Derecho y la Vida de los Derechos*, obra donde está designado que en una de sus acepciones el derecho debe ser entendido como posición jurídica de ventaja; o sea, quien ejerce un derecho se beneficia. No es razonable suponer que el sujeto cuando ejerce un derecho deba de ser beneficiado por medio de una punición, de una sanción.

De esta manera se observa cómo es tormentosa la reestructuración del proceso penal partiéndose de la Constitución de 1988: el efecto nocivo de ver el derecho procesal penal y las garantías del debido proceso como un obstáculo a la realización de la justicia. La cultura de que es posible que exista justicia criminal sin proceso penal, sin las garantías constitucionales, se está esparciendo, pues la idea de la justicia criminal sin proceso es buena para las infracciones de menor potencial ofensivo, ¿por qué no será para las más graves? Ya se tiene el proyecto de la enmienda constitucional, del Diputado Federal Feu Rosa, para arreglar la transacción penal a propósito de la pena de prisión, en los términos del *plea bargaining* norteamericano. Hay innumerables proyectos y hay en vigor diversas leyes de

delación premiada, que en verdad sirven como mecanismo de fraude al derecho procesal penal porque transforman el proceso en una farsa.

¿Es posible confundir la extrema pobreza de la ciudad de Río de Janeiro, que dejó en las periferias a centenas de millares de personas, con la ineficacia del debido proceso legal? Vale evocar que para los excluidos no hubo jamás proceso legal. Creo que no es este el camino para una decisión política. La única decisión razonable es aquella por la cual se reivindica que no hay espacio para la justicia rápida sin garantías en el campo penal.

Es hipócrita pretender una justicia rápida en el proceso penal. Si hay justicia posible en el área penal, por cierto no puede ser rápida. Un segundo elemento de esa racionalidad es que el derecho penal brasileño proyectado para el futuro no puede crear, como lo hace a través de los medios de comunicación, la idea de que el derecho penal concreto tiene la función de poner fronteras entre amigos y enemigos, entre brasileños y extranjeros. El derecho procesal penal es el puente que nos une a todos, es la estructura que permite que un comportamiento humano pueda ser comprendido o reprobado, en cada caso.

Dimensión humana de la justicia posible, el proceso penal configura la estructura de comunicación válida para que todas las versiones de un hecho sean consideradas e investigadas y solamente esta razón sería suficiente para admitir que no se puede soltar la mano de él.

En el discurso de la doctrina hegemónica estos individuos tienen autonomía de voluntad: personas a quienes se les niega la condición de real autonomía económica, social y cultural, se les quiere dar exclusivamente la autonomía en el campo penal, para un único y exclusivo objetivo, el de aceptar ser punido.

NOTAS SOBRE EL MOVIMIENTO DE REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA CRIMINAL BRASILEÑO

Este segundo artículo de Geraldo Prado permite profundizar algunos conceptos de la conferencia anterior.

I. Introducción

No es nuevo el movimiento de reforma del Sistema de Justicia Criminal brasileño. Casi siempre las providencias en este sentido son concebidas en términos de reforma del Código Penal, editado el 3 de octubre de 1941, cuando resplandecía el Estado Nuevo, régimen autoritario dirigido por Getúlio Vargas.

En los tres últimos decenios fueron idealizados anteproyectos y por diversos motivos, olvidados. Resáltese que entre 1941 y 1988 Brasil conoció dos regímenes políticos autoritarios (1937-45 y 1964-85) y en 1988 el Congreso Constituyente promulgó la Constitución de la República, que hoy está en vigor, inspirada en preceptos democráticos y republicanos tradicionales.

La experiencia democrática en Brasil, sin embargo, es muy limitada y eso no sólo se refiere al tiempo de duración de los regímenes políticos de tal naturaleza, sino también a la poca densidad democrática de las instituciones republicanas, incluso el Poder Judicial, instituciones incapaces de consolidar cultura de universalización de los derechos fundamentales.

Innumerables trabajos académicos recientes acentúan la naturaleza autoritaria de las prácticas jurídicas, especialmente en el campo penal, prácticas responsables por la difusión de la idea generalizada de que la criminalidad está sedimentada en los estratos más pobres de la sociedad, identificándose con la pobreza y con el origen racial y social de los grupos temibles en el imaginario de las clases medias especialmente.

Así, aun en los espasmos democráticos anteriores y en la época actual, la existencia de Constituciones con amplio rol de derechos y garantías, además de reglas manifiestas concernientes a la incidencia inmediata de los derechos individuales, independiente de mediación legal, y aplicación de las normas jurídicas procedentes de tratados internacionales de derechos humanos (artículo 5º, § 2º, de la actual Constitución de la República), no son

suficientes para asegurar la primacía del proceso penal de acusación, con garantía efectiva del contradictorio y de la amplia defensa y sin recurrir a tortura o tratamiento cruel, expresamente repudiados por la nueva Constitución.

En el plano legal, desde el inicio de los años 90 del siglo XX, la estrategia de modificación y actualización de la principal ley procesal penal está centralizada en un punto distinto de las acciones precedentes, que no se desarrollaron en el Congreso: en lugar de un Código nuevo han surgido propuestas de reformas puntuales. La mayor parte de las veces, como dice Fauzi Hassan Choukr¹, la iniciativa partió del Ejecutivo Federal y terminó afrontando resistencias y acomodaciones en este mismo Congreso Nacional.

Paradójicamente, el proceso penal brasileño cambió mucho en estos últimos años, agravando la percepción de asimetría y desorganización sistémica, mientras que por otro lado, con cierta persistencia, han evolucionado instituciones esenciales para implementar una justicia criminal más equilibrada, eficiente y respetuosa con los derechos fundamentales, enfatizando el perfeccionamiento del Ministerio Fiscal y la creación de la Defensa Pública. Los concursos públicos frecuentes para las principales funciones de operadores jurídicos (Comisarios de Policía, Promotores de Justicia, Procuradores Fiscales, Defensores del Pueblo y Magistrados) y el fin de la censura a los medios de comunicación han colaborado para reducir las prácticas autoritarias ilegales que aún están lejos de extinguirse completamente.

Los límites de espacio impiden que el tema sea tratado en profundidad como merece.

Es necesario destacar que bajo un punto de vista legal-constitucional, Brasil es una federación con fuerte concentración de Poderes en la Unión Federal, y la justicia criminal está organizada, sea en los Estados federados, sea en el ámbito federal (Justicia Federal común, electoral y militar), de acuerdo con reglas generales instituidas por la Constitución de la República, prevaleciendo para todos los sectores las reglas editadas por el Congreso Nacional, porque es de competencia de la Unión legislar sobre Proceso (artículo 22, inciso

¹ A Reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina, São Paulo, Método, 2001.

D), siendo residual y limitada la competencia de los Estados miembros (artículo 24, inciso XI). No existen Códigos de Proceso Penal estatales.

De ahí la importancia que tienen el debate y la decisión sobre la reforma del Código de Proceso Penal.

II. De la Reforma posible a la Reforma real: proceso penal por sistema de justicia criminal

La comprensión de lo que pasa en Brasil puede ser medida a través de la confrontación entre dos corrientes que, sin embargo, tienen en común el hecho de haber dejado el proyecto de edición de un Código de Proceso Penal completamente nuevo, en sustitución al ya pasado diploma de 1941.

Desde 1990 el Congreso Nacional aprueba leyes que restringen demasiado los derechos fundamentales de los sospechosos, acusados y condenados (Ley 8.072/90). Casi siempre se trata de legislación sobre crímenes graves, llamados "hediondos", o derivados de organizaciones criminales. Estas leyes, que buscan facilitar la investigación criminal, dotando a la autoridad policial de más recursos para obtener informaciones, inciden sobre la libertad, la intimidad y la posesión y propiedad de bienes de las personas sospechosas o acusadas de la práctica de crímenes considerados graves (Ley 9.613/98).

Las técnicas utilizadas son diversas: un ejemplo es la detención por compulsión de imputables, ve-dándoles la libertad provisional a quienes son de-tenidos en flagrancia; la inversión del *onus* de la prueba referente al blanqueo de capitales; la facilitación de adopción de otras providencias cautelares, con perjuicio para la presunción de inocencia ex-presamente reconocida en la Constitución de la República; la delación premiada; el estímulo a la actuación del juez en la actividad probatoria, en ciertos casos transfiriendo al magistrado responsabilidad en la apuración de hechos antes de la formulación de una acusación (Ley 9.034/95, de "combate" al crimen organizado). En el espacio de ejecución de las penas son aún más rigurosos los regímenes de pena, siendo más difícil el proceso de restablecimiento de libertad. Cabe señalar que las condiciones para el cumplimiento de las penas de privación de libertad son notoriamente precarias en casi todos los presidios y que la corrupción en el sistema penitenciario tam-

bién es muy conocida, pues se negocia la entrada de armas, drogas, teléfonos móviles, aun en unidades de "máxima seguridad".

Las denuncias persistentes de corrupción y las noticias de crímenes graves, aparentemente sin respuesta inmediata, amplían innumerables propuestas que tramitan en el Congreso Nacional para producir la llamada legislación de pánico, aún más restrictiva que las leyes en vigor y de dudosa constitucionalidad.

Por lo menos doce proyectos de reforma de los Códigos penales y de Proceso, además de enmiendas a la Constitución de la República son estudiados en el Congreso, desde esa perspectiva: analizan la posibilidad de ampliar el tiempo de ejecución de las penas privativas de libertad (40 años en oposición a los 30 actuales), el aumento del tiempo de aislamiento en prisión (puede llegar a 720 días), el distanciamiento del prisionero (interrogatorio en el presidio y no en la sede del tribunal competente) entre otras medidas que chocan con el catálogo de derechos fundamentales de la misma Constitución de la República y del Pacto de San José de Costa Rica, de aplicación obligatoria en Brasil por fuerza del Decreto 678/92.

Estas leyes, que buscan facilitar la investigación criminal, dotando a la autoridad policial de más recursos para obtener informaciones, inciden sobre la libertad, la intimidad y la posesión y propiedad de bienes de las personas sospechosas o acusadas de la práctica de crímenes considerados graves.

En lugar del tradicional proceso en contradictorio, empezado por acción penal ejercida por el Ministerio Fiscal y desarrollado con publicidad y sujeción al doble grado de jurisdicción y a la motivación de las decisiones judiciales (todo previsto en la Constitución), se propone el acuerdo alrededor de la pena privativa de libertad, ampliándose los casos de delación premiada, "juzgados" aún antes de la instauración del proceso. La relación entre Ministerio Fiscal y Policía no está clara en estos proyectos, por lo que se puede creer que ha de ser mantenida la absoluta autonomía del primero en relación a la segunda, con perjuicio de la eficiencia de las investigaciones y control. El juez es llamado siempre más precozmente para intervenir en las investigaciones preliminares, estimulándose las actuaciones de oficio, sin guardar, necesariamente, vínculo con la tarea constitucional de tutela de las garantías fundamentales (el juez de garantías, que parte significativa de la doctrina reivindica como consecuencia lógica de la estructura constitucional).

Por otro lado, para huirle al esquema de las leyes de pánico, se sitúan las iniciativas del Ejecutivo, por medio de proyectos de ley enviados al Congreso en 2000.

Por medio de la Ordenanza nº 61 del Ministerio de Justicia, el 20 de enero de 2000, fue instituida la Comisión responsable para la presentación de propuestas de reforma del Código de Proceso Penal. Presidida por la jurista Ada Pellegrini Grinover, la Comisión amplió su trabajo por todo el año 2000, y el 6 de diciembre presentó once propuestas, agrupadas en siete anteproyectos, con la finalidad de reformar la investigación preliminar, los procedimientos, incluso de los jurados, la disciplina de las pruebas, el interrogatorio del acusado, las medidas cautelares y el sistema de recursos y de acciones de impugnación.

De acuerdo con la Comisión, los proyectos tenían el objetivo de actualizar la estructura del proceso penal brasileño, ajustándola a la Constitución. Sus defensores preconizaban la institución de la citada estructura acusatoria, con perfecto dibujo de las funciones de acusación y defensa, publicidad, condensación y concentración de los actos del proceso. De acuerdo con el discurso de los miembros de la Comisión, buscaba asociarse eficiencia y garantías. Celeridad, transparencia y disminución de la burocracia sirvieron como palabras de orden.

Estos proyectos siguen su tramitación en el Congreso Nacional, sin la misma velocidad y preferencia de los referidos arriba, y merecen críticas de los que propugnan por endurecer las respuestas penales como también de los sectores más progresistas, que no identificaron en los proyectos muchas de las virtudes indicadas por sus autores.

No hubo radicalización en la estructura de acusación, a pesar de los visibles progresos. El juez tiene prohibido alterar el contenido de la acusación y debe decidir la causa con la prueba que fue producida en su presencia (principio de la inmediación, actualmente inexistente), pero puede mandar a detener y otras medidas cautelares de oficio, si hay previsión de restricción de la libertad basada en un pronóstico de delincuencia, vedado por la Constitución por herir la presunción de inocencia. El tema sensible de las investigaciones preliminares es resultado de una suerte de concesión a las presiones de diversas corporaciones, disgustando el Ministerio Fiscal y Policía y sin atender a la finalidad de control y eficiencia de policías con estigmas muy conocidos. Problemas técnicos relativos a los jurados y limitada audacia en prever métodos para asegurar paridad de armas e igualdad de tratamiento se suman a la creencia contestable de que la desburocratización y la eliminación de las formalidades pueden ser llevadas a cabo sin perjuicio para las garantías. La celeridad prevaleció sobre el fortalecimiento de la defensa en un país sin tradición de Defensa Pública (excepto en el Estado de

Río de Janeiro) y con un gran contingente de acusados sin condiciones de nombrar abogado.

La tensión entre estas dos corrientes impide el fortalecimiento de la posición predominante en las academias de que un nuevo Código de Proceso Penal debe ser estudiado, discutido y aprobado, de acuerdo con la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Finalmente, en concreto, se avanzó con la instalación de Tribunales Especiales Criminales, en los Estados y en el ámbito federal (Ley nº 10.259/01). Se trata de un órgano de la justicia competente para juzgar infracciones penales, en general de escasa peligrosidad, llamadas infracciones penales de menor potencial ofensivo (Ley nº 9.099/95).

Diseminados por el Brasil, excepto en el Estado de São Paulo, los Tribunales Especiales Criminales procesan las causas estimulando soluciones consensuales, o por medio de acuerdo entre víctima y sospechoso, o en virtud de acuerdo entre Ministerio Fiscal y sospechoso, cuando involucra una pena no privativa de libertad.

Las más grandes críticas a los Tribunales Especiales Criminales tienen origen en deformaciones prácticas de sus operadores, aunque sectores de la doctrina cuestionan el concepto mismo de proceso penal consensual, advirtiendo los riesgos de la supresión de diversos derechos y garantía, entre ellos el contradictorio, presunción de inocencia, fundamentación de las decisiones y doble grado, inherentes a esta modalidad de justicia. Se alega también que una característica del procedimiento en los Tribunales, la celeridad, está relacionada al ideal de impedir el bloqueo de la justicia criminal, por exceso de demanda, y no por solución justa de los casos, dejando sin protección grupos más frágiles como las víctimas de violencia doméstica.

El empleo muy limitado de las nuevas tecnologías de comunicación e información es igualmente objeto de críticas, siendo ejemplar la utilización de ordenadores. Hoy ellos existen prácticamente en todas las sedes de Tribunales Criminales, pero son utilizados casi exclusivamente como editores de textos, sustituyendo la vieja dactilografía.

La integración cultural sanciona la legitimidad social de determinadas formas jurídicas de resolución de casos, especialmente cuando se trata de casos criminales. Pertenecer a la cultura de la sociedad es esencial para que los instrumentos procesales penales sean manipulados por sujetos procesales legítimos y el resultado responda a expectativas justas, immanentes a la democracia.

Cuando se trata de restringir el ejercicio de derechos fundamentales, principalmente cuando se trata de prisión y libertad y de protección de bienes jurídicos, el debido proceso legal no puede ser una caja de sorpresas, como se dice en la jerga del fútbol. Aquí, con muchos más motivos que en el deporte, la regla debe ser clara y esta certidumbre nace de valores constitucionales que, gracias a la actividad legislativa divergente y errática, raramente encuentran ocasión de consolidar nueva cultura.

Carlos Morales de Sitién Ravina, cuando analiza la racionalidad jurídica en Bourdieu y Teubner, constata el papel del dominio cultural, que define como dominio de fuerzas de un campo determinado. Señala que las formas de un determinado

campo sólo se consolidan mediante la creación de una tradición y la tradición está unida a la existencia de un conjunto de normas fijas y cognoscibles y por eso plausibles de interpretación y aplicación.²

(...)
**sin un nuevo código,
hay un serio riesgo de
que jamás se configure
el ideal republicano y
democrático que debe
dirigir el sistema de
responsabilidad criminal.**

Para que los valores constitucionales sean consolidados y conformen una tradición distinta de aquella históricamente experimentada, es necesario que se produzcan las normas jurídicas y sociales que propiciarán tal transición (en el caso brasileño muy tardía). La llave principal es sin duda la

Constitución de la República, como también lo son los Tratados internacionales. Pero sin un nuevo código, hay un serio riesgo de que jamás se configure el ideal republicano y democrático que debe dirigir el sistema de responsabilidad criminal.

² La fuerza del Derecho, Bogotá, Uniandes, 2000, p. 72.