

INFLACIÓN LEGISLATIVA Y SIMBOLISMO JURÍDICO EN LAS REFORMAS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN BRASIL

LEGISLATIVE INFLATION AND LEGAL SYMBOLISM IN THE REFORMS OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE LAW IN BRAZIL

Tarsis Barreto Oliveira

Doctor en Derecho por la UFBA. Profesor asociado de Derecho Penal en la UFT. Profesor adjunto de Derecho Penal en la UNITINS. Profesor del Máster en Jurisdicción y Derechos Humanos de la UFT/ESMAT. Coordinador y profesor del Postgrado de Ciencias Penales en la UFT. Abogado criminalista. Miembro del Comité Internacional de Penalistas Francófonos y de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

“Eppur questa è la chimera degli uomini limitati, quando abbiano il comando in mano. Il proibire una moltitudine di azioni indifferenti non è prevenire i delitti che ne possono nascere, ma egli è un creame dei nuovi” (Beccaria)

RESUMEN

Este artículo pretende analizar los principales cambios recientemente introducidos en el derecho penal y procesal penal en Brasil, destacando la inflación legislativa en la creación de tipos penales, así como la existencia de mecanismos simbólicos que, lejos de permitir la mitigación de las causas de la delincuencia, corresponden a instrumentos demagógicos por parte del legislador, desencadenados por el sentimiento colectivo de inseguridad ante la delincuencia.

PALABRAS CLAVE: cambios legislativos; criminalidad; simbolismo jurídico.

ABSTRACT

This article aims to analyze the main changes recently introduced in criminal law and criminal procedure law in Brazil, highlighting the legislative inflation in the creation of criminal types, as well as the existence of symbolic mechanisms that, far from allowing the mitigation of the causes of crime, correspond to demagogic instruments on the part of the legislator, triggered by the collective feeling of insecurity in the face of crime.

KEYWORDS: legislative changes; criminality; legal symbolism.

I INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores logros del proceso civilizatorio reside en la apropiación por parte del Estado del monopolio del derecho a castigar. El privilegio exclusivo de ejercer el *ius puniendi* en lugar de la venganza privada, ha evidenciado una evolución histórica que ha sentado las bases de la legalidad, racionalidad y proporcionalidad en la administración de justicia.

En los tiempos modernos, la tarea primordial del derecho penal reside en la defensa de los bienes jurídicos relevantes para el cuerpo social, con el fin de determinar qué conductas, socialmente censurables, merecen ser castigadas por violar estos bienes, estableciendo las correspondientes sanciones legales destinadas a castigar a los infractores del ordenamiento jurídico.

Esta tarea, de carácter legislativo, está dirigida a proteger los valores más queridos por la sociedad, regulando los actos delictivos y las sanciones correspondientes, armonizando así las expectativas sociales de represión de los delincuentes.

La tarea legislativa, de carácter jurídico y político¹, permite, sin embargo, establecer disposiciones legales que sirven para mantener el *status quo* de los privilegios de quienes detentan el poder constituido, que pueden llegar a utilizar el Derecho Penal como mecanismo de exclusión y segregación de las clases menos favorecidas².

En este caso, legalidad y legitimidad³ no son sinónimos, ya que la elección de las conductas sujetas a sanción puede no encontrar la aceptación de los destinatarios sociales⁴ de la norma. Es por ello que dicha elección debe tener como parámetro los

1 Para Agamben, hay que levantar el velo que cubre la zona gris entre lo político y lo jurídico, y reflexionar sobre el sentido de la *acción política*. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de excepción**. Trad. Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12.

2 La tarea del legislador representa un escenario privilegiado para el "diálogo entre los ámbitos jurídico y político". HENRIQUES, Hugo R.; PONZILACQUA, Márcio H. P. Análise de admissibilidade de proposições legislativas: a atuação da comissão de constituição, justiça e cidadania do Senado Federal em 2014. In: **Revista de informação legislativa**. Ano 54, nº 213. Brasília: Senado Federal, janeiro/março, 2017, p. 40.

3 Para Guimarães, la legitimidad del derecho penal depende de su aceptabilidad social, que se justifica por los fines perseguidos o exigidos, y estos fines deben justificar el uso de medios legítimos por parte del Estado para el uso de la violencia. Para esta tarea, hay que trascender los criterios de legalidad hacia criterios axiológicos, basados en la justicia, la razonabilidad, la verdad y la utilidad. GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. A dogmática jurídico-penal em questão: possibilidades e limites no século XXI. In: **Ciências penais: revista da associação brasileira de professores de ciências penais**. Ano 4, n. 6, jan-jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 129.

4 En el caso brasileño, se señala el sentimiento de *patriotismo constitucional*, promovido por el advenimiento de la Constitución de 1988, y vivido todavía de forma tímida, pero inspirador de una

valores contenidos en la Constitución⁵, que es la pauta a seguir por el legislador en la selección de bienes jurídicos esenciales⁶, como la vida, la propiedad, la dignidad sexual, entre otros.

En este contexto, analizaremos los principales cambios promovidos por el legislador en los sistemas de derecho penal y procesal penal de Brasil en los últimos años.

2 PRINCIPALES CAMBIOS LEGISLATIVOS EN MATERIA CRIMINAL EN BRASIL

Las modificaciones introducidas en la legislación criminal brasileña en los últimos años han tenido como objetivo principal adaptar el Código de Procedimiento Penal de 1941 al *espíritu* de las disposiciones normativas establecidas en la Constitución Federal de 1988. El Congreso Nacional de Brasil está estudiando y debatiendo otros muchos cambios, incluso en audiencias públicas a las que asisten diputados, senadores y diversos juristas⁷.

Algunas de estas enmiendas se introdujeron recientemente como reacción de la clase política a las operaciones anticorrupción llevadas a cabo en Brasil en los últimos años, como la *Operación Lava Jato*, que ha sido reconocida mundialmente por los ingentes recursos desviados de las arcas públicas brasileñas en tramas de corrupción, que representan decenas de miles de millones de reales. A pesar de los avances promovidos por la operación, se alega que se han producido algunos abusos y

nueva forma de identidad capaz de aglutinar a la sociedad brasileña, traumatizada por décadas de autoritarismo, con vistas a construir una cultura política democrática. BUNCHAFT, Maria Eugenia. **○ patriotismo constitucional na perspectiva de Jürgen Habermas: a reconstrução da ideia de nação na filosofia política contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 108.

5 Los valores contenidos en la Constitución representan el horizonte a seguir por el legislador infraconstitucional. A este respecto, la Constitución de los Estados Unidos de América establece: "We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America". **The Constitution of the United States of America.** Carlise, Massachusetts, USA: Applewood Books, 2020, p. 1.

6 Entre estos valores, Mendes cita la propuesta de Carlos Cósso de una jerarquía de valores jurídicos, que son la justicia, la solidaridad, la paz, el poder, la seguridad y el orden. MENDES, Antônio Celso. **Direito: linguagem e estrutura simbólica.** Curitiba: Champagnat, 1996, p. 80.

7 Oliveira, Tarsis Barreto. **Структура судебной власти в бразилии: уголовное преследование в свете недавних реформ уголовно процессуального кодекса.** "La estructura del poder judicial en Brasil: de la persecución penal a las reformas del código de procedimiento penal brasileño". In: **Revista de Derecho de la Universidad de Moscú - Rusia**, v. 2, 2018, p. 66.

excesos⁸, lo que ha provocado la reacción del Congreso Nacional⁹, y del poder judicial brasileño.

En este sentido, hubo un movimiento de flexibilización de las normas penales con el fin de atenuar el rigor punitivo del Estado frente a los delitos de *cuello blanco*¹⁰, contribuyendo al fortalecimiento del escenario de impunidad¹¹.

En el caso brasileño, la noción de *garantismo*¹² (absolutamente esencial en la protección de las libertades individuales), asume interpretaciones *peculiares*, olvidando

8 A este respecto: “Néanmoins, on ne peut nier l'existence d'excès dans les actions de la Police fédérale et du Ministère public dans le contexte des opérations de lutte contre la corruption, telles que l'inutilité de certains mandats d'amener, ainsi que des détentions sans preuve nécessaire, quand suffirait l'utilisation d'instruments juridiques moins lourds dans des cas spécifiques. Cependant, certains abus commis n'effacent pas le mérite et l'importance des nombreuses actions développées jusqu'à présent dans la lutte contre la corruption au Brésil”. OLIVEIRA, Tarsis Barreto. Les manifestations de la corruption: le cas du Brésil. In: CÉRÉ, Jean-Paul; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. (Org.). **Corruption et droit pénal**. Comité International des Pénalistes Francophones. 1 ed. Paris: L'Harmattan, v. 1, 2019, p. 92.

9 En cuanto a la reacción de la clase política, Pinheiro cree que la lucha contra la corrupción en Brasil, a pesar de algunos errores, ha dado lugar a muchos más éxitos y méritos, por lo que ha provocado el actual movimiento de represalias contra el poder judicial, el Ministerio Público y otras instituciones implicadas en la persecución, que corresponde a una actitud retrógrada en la lucha contra esta criminalidad, ya que Brasil es signatario de las principales convenciones internacionales de lucha contra la delincuencia organizada y la corrupción, ya incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, que enfatizan el necesario respeto a la autonomía e independencia de las instituciones y organismos en la lucha contra la corrupción. PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE; André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. **Nova lei do abuso de autoridade**. Leme, SP: JH Mizuno, 2020, p. 31.

10 Esta es la advertencia de Pereira, para quien el factor económico, aunque de gran importancia como norma de funcionamiento de las sociedades modernas, no puede imponerse sobre algunas situaciones, en las que se requiere un estricto respeto a los postulados éticos y sociales que forman parte de nuestra tradición humana. PEREIRA, Flávio Cardoso. **Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 28-29.

11 En efecto, la impunidad es una característica de la delincuencia económica. Para Cervini, si este tipo de conductas consiguen superar el primer nivel de selección normativa abstracta y ser criminalizadas, estarán inevitablemente condenadas a convertirse en papel mojado por defectos técnicos en la formulación de los delitos, ya que los filtros funcionales, llamados por él *disfunciones*, estarán siempre dispuestos a operar. CERVINI, Raúl. *Macrocriminalidad económica contemporánea: nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos*. **Revista de derecho penal y criminología**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

12 Como reflexiona Douglas Fischer, la noción de *garantismo* no puede limitarse a la protección de los bienes jurídicos individuales, sino que también debe salvaguardar los intereses de la sociedad. Propone lo que denomina *garantismo penal integral*. En sus palabras: “Integral

el deber fundamental del Estado de castigar (respetando las garantías penales y procesales) a los autores de los delitos, en salvaguarda de la justicia, de la seguridad pública y de la protección de la sociedad.

Se puede mencionar, en este escenario, la nueva *Ley de Improbidad Administrativa*, cuyos cambios sustanciales promovidos por el legislador terminaron debilitando el sistema legal anticorrupción brasileño. Recientemente aprobada por el Congreso Nacional (PL 2.505, de 2021), la nueva ley modificó la redacción de la Ley 8.429, de 1992. Entre otros puntos, la nueva ley exige ahora la prueba de *dolo* o *mala fe específica* para calificar los actos de mala conducta administrativa, lo que, en la práctica, dificultará el castigo de las faltas. También estableció un plazo de un año para concluirse una investigación civil sobre la mala conducta (que puede prorrogarse una sola vez por un periodo de tiempo igual), además de restringir las hipótesis de caracterización de lo que es una *mala conducta*.

El legislador brasileño ha introducido también cambios para combatir otros tipos de delitos, especialmente los que implican violencia y amenaza a la persona.

El más significativo de los cambios legislativos fue promovido, sin embargo, por la Ley 13.964 de 2019¹³, denominada *Paquete Anticrimen*, habiendo modificado numerosas disposiciones del Código Penal brasileño, del Código de Procedimiento Penal y de la Ley de Ejecución Penal, e incluso planteando cuestiones de carácter constitucional.

e equilibradamente aplicado, o garantismo (positivo e negativo) impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos sem a devida justificativa e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam *dignidade constitucional*, sempre acorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de *direitos fundamentais individuais* implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de *garantismo (penal) monocular*: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção *apenas dos direitos fundamentais individuais* dos cidadãos, o que, *nunca foi e não é* o propósito do *garantismo (penal) integral*". FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 92.

13 "Law No. 13.964/2019 profoundly changed the Brazilian criminal execution process, and effected important changes in the legal framework, especially with innovations for the classification of convicts, new rules for the differentiated disciplinary regime, and for the progression of the prison region and other benefits throughout the sentence". CARVALHO, André Ricardo Fonseca; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. Main effects of law no. 13.964/2019 (anti-crime package) in Brazilian criminal law. **Gdanskie Studia Prawnicze**, Poland, v. 48, 2020, p. 197.

Uno de los principales cambios fue la obligación de los condenados por delitos graves cometidos con violencia contra la persona o por delitos atroces de someterse a la identificación del perfil genético, a través de la extracción de ADN (ácido desoxirribonucleico), mediante técnica adecuada e indolora.

En este aspecto, existe una controversia jurisprudencial, ya que según el Tribunal Supremo de Justicia de Brasil (equivalente a nuestra 3ª instancia), esta identificación es perfectamente posible. Sin embargo, en lo que respecta al Supremo Tribunal Federal (equivalente a la 4ª instancia judicial brasileña), todavía no hay una posición pacífica al respecto. Tanto es así que este cambio legislativo sigue siendo cuestionado por los Tribunales Superiores. La ley también establece que en caso de absolución se excluye el perfil genético del acusado y, en caso de condenación, esta exclusión solo podrá producirse después de un periodo de 20 años, a petición del interesado.

La ley también estableció que la negativa del condenado a someterse al procedimiento de identificación del perfil genético será considerada como una *falta grave*, que puede provocar consecuencias previstas en la Ley de Ejecución Penal, como a lo que concierne al régimen de prisión y la retirada de otros beneficios, como la libertad temporal y la redención (que es la posibilidad de reducir la pena por el tiempo de trabajo del preso).

La ley también trae cambios en lo que respecta al régimen disciplinario diferenciado¹⁴, que es un tipo de sanción disciplinaria que tiene como objetivo combatir la delincuencia

14 Con el cambio legislativo, la ley establece ahora que la práctica de un acto considerado como delito doloso constituye una falta grave y, cuando cause subversión del orden o de la disciplina interna, someterá al preso provisional o condenado, nacional o extranjero, sin perjuicio de la sanción penal, a un régimen disciplinario diferenciado, con las siguientes características: a) duración máxima de hasta 2 (dos) años, sin perjuicio de la repetición de la sanción por una nueva falta grave del mismo tipo; b) confinamiento en una celda individual; c) visitas quincenales, de dos (2) personas a la vez, que se llevarán a cabo en instalaciones equipadas para evitar el contacto físico y el paso de objetos, por un miembro de la familia o, en el caso de un tercero, una persona autorizada judicialmente, con una duración de dos (2) horas; d) el derecho del preso a salir de la celda durante 2 (dos) horas diarias para tomar el sol, en grupos de hasta 4 (cuatro) presos, siempre que no haya contacto con presos del mismo grupo criminal; e) entrevistas siempre vigiladas, salvo las realizadas con su defensor, en instalaciones acondicionadas para evitar el contacto físico y el paso de objetos, salvo autorización judicial expresa en contrario; f) supervisión del contenido de la correspondencia; g) participación en las audiencias judiciales preferentemente por videoconferencia, garantizando la participación del defensor en el mismo entorno del preso. (...) la ley establece también que el régimen disciplinario diferenciado se aplicará a los presos provisionales o condenados, nacionales o extranjeros: a) que presenten un alto riesgo para el orden y la seguridad del establecimiento penitenciario o para la sociedad; b) sobre los que existan sospechas fundadas de implicación o participación, a cualquier título, en una organización criminal, asociación criminal o milicia privada, independientemente de la práctica de faltas graves.

organizada, con la previsión de aislamiento del preso hasta 360 días, y que puede ser aplicada a los líderes de las bandas criminales o a los presos con comportamiento inadecuado.

La ley también introdujo cambios en cuanto a la posibilidad de progresión en el régimen de penas, aumentando el plazo para que el delincuente pase de régimen cerrado al semiabierto, y del semiabierto al abierto. Así, la ley estableció la exigencia de porcentajes que van desde 16% de cumplimiento de la pena (en los casos más leves) hasta 70% de cumplimiento de la pena (en los casos más graves) para que el condenado obtenga el beneficio de la progresión.

Otro cambio fue el relativo al tiempo máximo que un individuo puede ser encarcelado. Como la cadena perpetua está prohibida por la Constitución brasileña, el Código Penal solía establecer que el tiempo máximo que una persona podía cumplir su condena no podía superar los 30 años. Con la nueva ley, este tiempo no puede superar los 40 años, habiendo promovido el legislador un aumento del rigor punitivo.

En general, existen 2 posiciones respecto a los cambios promovidos por la ley 13.964/19. Una corriente defiende la inconstitucionalidad de los cambios promovidos por el legislador, alegando que se violó el sistema progresivo de cumplimiento de la pena, así como la inconveniencia de aumentar la permanencia de los presos en las cárceles, el incremento del gasto público en presos y una afrenta al principio de la dignidad humana. Ya una segunda corriente defiende ese rigor, entendiendo que existe un derecho colectivo a defenderse del crimen en Brasil¹⁵.

Ante las dudas constitucionales sobre el paquete de medidas contra la delincuencia, el juez Luiz Fux, presidente del Tribunal Supremo, suspendió la vigencia de algunos artículos de la Ley 13.964/19 hasta que el Pleno del Tribunal Supremo juzgue, caso por caso, la constitucionalidad de las medidas. Es el caso, por ejemplo, de otra medida controvertida, que es la institución del *juez de garantías*, que no es más que el juez encargado de controlar la legalidad de la investigación penal y de salvaguardar los derechos fundamentales del acusado.

De acuerdo con la nueva ley, el juez de garantías actuará en la fase de investigación penal, siendo responsable del decreto de medidas como la detención provisional, la interceptación telefónica y otras medidas. Otro juez se encargará de investigar y dictar la sentencia, de tal manera que el juez que ordenó la detención, por ejemplo, no es el mismo que finalmente decidirá sobre la culpabilidad del acusado, para que no haya disonancia cognitiva en la condena del juez al acusado. El juicio sobre la *constitucionalidad*

15 CARVALHO, André Ricardo Fonseca; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. Main effects of law no. 13.964/2019 (anti-crime package) in Brazilian criminal law. **Gdanskie Studia Prawnicze**, v. 48, 2020.

de algunas medidas establecidas por la Ley 13.964/19 (paquete anticriminal) se espera con gran expectación en todo el país, y deberá producirse en breve.

Por último, no podemos olvidar el hecho de que los medios de comunicación¹⁶ han jugado un papel relevante en la opinión pública, impulsando al legislador a realizar cambios legislativos para satisfacer las demandas sociales de mayor severidad punitiva. El paquete de medidas contra la delincuencia en Brasil sigue la tendencia creciente de respuestas más incisivas del legislador frente a una sociedad cada vez más atacada por la delincuencia.

Sin embargo, en lugar de promover intervenciones demasiadas sobre los individuos, es necesario, como señala Queiroz¹⁷, identificar las estructuras de poder que hacen posible la delincuencia, cambiándolas radicalmente al enfrentar sus causas, so pena de seguirse combatiendo, "tardía, burocrática y simbólicamente", sus consecuencias.¹⁸

Este no es el camino que sigue el legislador, que cada vez más busca criminalizar nuevas conductas y aumentar el rigor punitivo de los delitos ya existentes. Sin embargo, en cuanto a la formulación de las leyes, con la llegada de la era tecnológica a principios de siglo, especialmente desde la aparición de Internet, se ha producido un cambio significativo en las formas de participación popular en el proceso legislativo, lo que ha provocado cambios de comportamiento por parte de los legisladores. Gomes¹⁹ destaca el fuerte aumento de las reivindicaciones de la sociedad civil organizada,

16 Es relevante la mención de García a este fenómeno desencadenado por los medios de comunicación, cuya gramática implica: (a) la producción de una narración dicotómica de la realidad, tendencialmente estructurada entre el *bien* y el *mal*, que contribuye a solidificar los códigos de valores del público, como mecanismo de estabilización y control; (b) la representación de la realidad criminal basada en una serie limitada de estereotipos de carácter simplista y de fácil consumo, canalizando una narrativa y un discurso marcados por el reduccionismo; c) la representación de los fenómenos delictivos apelando a la rapidez, la simplificación, la dramatización, la proximidad o la inmediatez; d) la producción de un efecto de amplificación de la alarma social ante la criminalidad, aumentando el miedo del ciudadano a ser víctima de un delito. GARCÍA, José Ángel Brandariz. **Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del estado social y de crisis del estado-nación**. Granada: Comares, 2007, p. 71-73.

17 QUEIROZ, Paulo. **Ensaio crítico: direito, política, religião**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 70.

18 Aquí radica el necesario juicio crítico sobre este proceso, siendo tarea del intérprete examinar los verdaderos mecanismos de poder contenidos en las normas jurídicas. Wolkmer señala la necesidad de reflexionar y cuestionar la legalidad tradicional en un momento determinado de la cultura de un país, buscando redefinir los horizontes frente a un lenguaje normativo represivo y ritualizado, para dar instrumentos de concienciación y emancipación a los sujetos históricos en su condición de dominados. WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 98.

19 GOMES, Antônio Manoel Timbó Lima. Metodologia de avaliação e planejamento parlamentar: um estudo de caso sobre o seu impacto na elaboração de políticas públicas. In: **Revista**

movilizada principalmente por las redes virtuales de Internet, la influencia de la prensa en la agenda pública y las demandas de los movimientos sociales.

Como subraya Herrero²⁰, quien posee la iniciativa legislativa tiene una misión competente y razonable (política y jurídicamente) en la elaboración, aprobación y promulgación de las leyes, delimitando las infracciones penales necesarias, estableciendo las penas (o medidas de seguridad), determinando los sujetos activos del delito e integrando suficientemente a la víctima en el sistema penal.

En el escenario de los *intereses* tutelados por las leyes penales están presentes, en igual medida, los de orden económico, propios del régimen capitalista²¹. El promueve, a través de las normas legales, las condiciones necesarias para estructurarse. Así es que, en el modo de producción capitalista, el Derecho emerge como un "elemento constitutivo de la convivencia humana", ya que es indispensable para la dinámica de la circulación de la mercancía y del trabajo²². El capitalismo²³ ejerce así clara influencia en la determinación de las conductas que serán penalizadas por el legislador.²⁴

de informação legislativa. Ano 54, nº 215. Brasília: Senado Federal, julho/setembro, 2017, p. 179.

20 HERRERO, César Herrero. **Política criminal integradora.** Madrid: Dykinson, 2007, p. 174.

21 Esta realidad se ve acentuada por la ausencia de control de los mercados financieros, lo que revela la supremacía del capital financiero sobre el productivo, con importantes repercusiones en el modo de vida de la sociedad. (NUNES, 2012, p. 30). Para Nunes, debe imprimirse un espíritu de resistencia a la ideología dominante de la globalización neoliberal en busca de un proyecto cultural que promueva la confianza en el hombre y sus capacidades, evitando que el mercado sustituya a la política y que el Estado democrático dé paso a un Estado tecnocrático. NUNES, Antônio José Avelãs. **A crise atual do capitalismo:** capital financeiro, neoliberalismo, globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184-185.

22 Desde este punto de vista, el Derecho se constituye como un fenómeno material de las fuerzas de producción, que establece, a través del Estado, la forma jurídico-procesal. GRILLO, Marcelo Gomes Franco. **Direito processual e capitalismo.** 1. ed. São Paulo: Dobra Universitária, 2017, p. 175-176.

23 No se trata aquí de criticar pura y simplemente el sistema capitalista, dadas las ventajas que el avance tecnológico proporciona a los individuos en la modernidad. Sin embargo, se hace referencia a la clara influencia del capitalismo en el Derecho Penal, especialmente en lo que respecta a la delincuencia económica. HARO, Guilherme Prado Bohac de; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. A influência da liberdade econômica nos índices de aferição da qualidade das democracias. In: **Revista de informação legislativa.** Ano 57, nº 227. Brasília: Senado Federal, julho/setembro, 2020, p. 172.

24 Para Cervini, la macrocriminalidad económica refleja un abuso de poder dominante, que utiliza recursos de poder no solo en el ámbito económico y político, sino también en el ámbito

3 MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y SIMBOLOGÍA DEL DERECHO PENAL

Las recientes reformas de la legislación penal brasileña han manifestado un derecho penal *simbólico*. Tomemos, por ejemplo, la reforma emprendida por la Ley 12.015, de 2009, que modificó la disciplina de los delitos contra la dignidad sexual. La institución de algunos de los nuevos tipos penales revela la duplicación innecesaria de disposiciones ya previstas en el Código Penal. Lejos de basarse en un mero *error* del legislador, revela una manifestación de carácter simbólico²⁵, destinada a señalar a la comunidad el “compromiso” del Poder Legislativo en la criminalización de conductas de gran relevancia y impacto en la opinión pública, como se evidencia en las conductas que caracterizan los actos de pedofilia²⁶.

de la experiencia profesional. CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica contemporánea: nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos. **Revista de derecho penal y criminología**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

25 Obsérvese, por ejemplo, el delito de corrupción de menores, introducido por la Ley 12.015, de 2009, que da nueva redacción al artículo 218 del Código Penal brasileño: Art. 218. Inducir a un menor de 14 (catorce) años a satisfacer la lascivia de otro: Pena - prisión, de 2 (dos) a 5 (cinco) años. La tipificación de esta conducta supone una duplicación *innecesaria* de la figura del proxenetismo, prevista desde 1940 en la redacción del artículo 227 del Código Penal, a saber: Artículo 227 - Inducir a alguien a satisfacer la lascivia de otro: Pena: prisión, de uno a tres años. En comparación con el artículo anterior, los dos artículos se diferencian por la edad de la víctima, el primero comprende una víctima menor de 14 años y el segundo una víctima mayor de 14 años. La creación de un nuevo tipo penal no se justifica, entonces, porque bastaría con que el legislador, al querer imponer una pena más severa, estipulara un calificativo (o causa de aumento de pena) en el cuerpo del propio tipo del art. 227 del CP. Ocurre que la creación de un nuevo tipo penal confiere mayor *visibilidad* y *protagonismo* a la opinión pública que la mera estipulación de un aumento de la pena en relación con una conducta ya tipificada. Esto evidencia la señalización comunicacional a la comunidad de que el Poder legislativo está *alerta* y *presente* en la respuesta a los actos de mayor censura social, como a los delitos relacionados con la pedofilia.

26 Un ejemplo similar se evidencia en el delito de favorecimiento de la prostitución, previsto en el Código Penal brasileño desde 1940. El legislador optó por crear el artículo 218-B, que establece como delito: Someter, inducir o atraer a la prostitución u otra forma de explotación sexual a una persona menor de dieciocho (18) años, o que, por enfermedad o deficiencia mental, no tenga el discernimiento necesario para la realización del acto, facilitar, impedirlo o dificultar su abandono: Pena - reclusión, de cuatro (4) a diez (10) años. Una vez más se evidencia la innecesaria creación de otro tipo penal en el ya inflado Código Penal brasileño, ya que la citada conducta se ajusta exactamente a la ya prevista en el mismo diploma legal desde su institución en 1940, regulando la conducta en los términos del Art. 228: Inducir o atraer a alguien a la prostitución u otra forma de explotación sexual, facilitarla, obstaculizar o dificultar su abandono: Pena - reclusión, de 2 (dos) a 5 (cinco) años, y multa. La diferencia sustancial entre los dos delitos reside únicamente en la edad de la víctima, siendo este último aplicable en la hipótesis de una víctima mayor de 18 años, y el segundo en la hipótesis de víctimas menores de 18 años.

En este caso, en lugar de instituir, por medio de leyes, mecanismos que promuevan una mayor *eficiencia* en el combate a la violencia contra niños y adolescentes, el papel del Poder Legislativo parece agotarse *solo* en la creación de más tipos penales, aunque, en este caso, sean flagrantemente redundantes e innecesarios, dada la existencia de tipos penales que ya disciplinan las conductas que violan el bien jurídico.

La creación de la figura del *feminicidio* revela otra manifestación del simbolismo jurídico-penal en la legislación brasileña. La reacción ante los innumerables casos de violencia doméstica y familiar²⁷ contra las mujeres, así como el aumento del número de denuncias ante las autoridades, dio lugar a un firme (y necesario) movimiento en la sociedad brasileña para combatir este tipo de violencia, que culminó con la institución de la Ley 11.340, de 2006, llamada *Ley Maria da Penha*, cuyo nombre rinde homenaje a la mujer víctima de terribles violencias cometidas por su marido en aquella época, y que luchó durante muchos años para que el caso no quedara impune (su agresor

Aquí, una vez más, es *innecesaria* la creación de otro tipo penal, ya que, si el legislador quisiera imprimir un mayor rigor punitivo a la misma conducta practicada contra una víctima menor de 18 años, bastaría con añadir al tipo penal ya vigente una circunstancia o causa de aumento de la pena, no haciéndolo para satisfacer las expectativas sociales de respuesta legislativa ante las constantes noticias de actos pedófilos denunciadas por los medios de comunicación.

27 La Ley Maria da Penha, establece diversas formas de manifestación de esta violencia, disponiendo en su artículo 7 que: Son formas de violencia doméstica y familiar contra las mujeres, entre otras:

I - violencia física, entendida como cualquier conducta que atente contra su integridad o salud corporal;

II - violencia psicológica, entendida como cualquier tipo de conducta que pueda causar su daño emocional y disminuir su autoestima o que pueda perjudicar y perturbar su pleno desarrollo o que busque degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, por medio de amenazas, vergüenza, humillación, manipulación, aislamiento, vigilancia constante, persecución constante, insulto, chantaje, violación de su privacidad, ridiculización, explotación y limitación del derecho de ir y venir o cualquier otro medio que pueda perjudicar su salud psicológica y su autodeterminación;

III - violencia sexual, entendida como cualquier conducta que la obligue a presenciar, mantener o participar en una relación sexual no deseada, por medio de la intimidación, la amenaza, la coacción o el uso de la fuerza; que la induzca a comercializar o utilizar, de cualquier manera, su sexualidad, que le impida utilizar cualquier método anticonceptivo o que la obligue a contraer matrimonio, embarazo, aborto o prostitución, por medio de la coacción, el chantaje, el soborno o la manipulación; o que limite o anule el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos;

IV - violencia patrimonial, entendida como toda conducta que constituya retención, sustracción, destrucción parcial o total de sus objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos o recursos económicos, incluidos los destinados a satisfacer sus necesidades;

V - violencia moral, entendida como toda conducta constitutiva de calumnia, difamación o injuria.

fuera condenado por tentativa de homicidio cuando sólo quedaban 6 meses para que el delito prescribiera).

En respuesta a este sentimiento de combate a la violencia doméstica y familiar contra las mujeres, la Ley nº 13.104, de 2015, introdujo la figura del *feminicidio*²⁸, que pasó a ser una hipótesis de homicidio calificado en el Código Penal brasileño, sujeto a prisión de 12 a 30 años.

Aunque estamos de acuerdo con la necesidad de sancionar con mayor rigor los actos de violencia contra las mujeres, la respuesta del Poder Legislativo parece agotarse, una vez más, en la simple *modificación* de las disposiciones penales, como si fuera a provocar, *per se*, un cambio en el marco de la realidad fáctica de la violencia contra las mujeres.

Tanto en el castigo de la pedofilia como en el de la violencia contra la mujer se revela lo que Neves²⁹ denomina *legislación simbólica*, en la que la acción del Estado a través de la legislación, lejos de provocar alteraciones en la realidad social, se convierte en un mero mecanismo retórico e ideológico³⁰. El citado autor afirma que la legislación simbólica es activa en el juego político, pero no se presta a la modificación de la estructura excluyente de la sociedad brasileña, de tal manera que, a la medida en que se extiende la falta de concreción de las normas y el discurso constitucionalista

28 Con la nueva redacción del artículo 121 del Código Penal brasileño, introducido por la Ley 13.104, de 2015, pasa a ser considerado una hipótesis de homicidio calificado cuando se comete contra las mujeres por razón de su sexo (Artículo 121, § 2º, VI del Código Penal), entendiéndose que existen razones de la condición de sexo femenino cuando el delito implica: § 2º-A: I - violencia doméstica y familiar y II - menosprecio o discriminación de la condición de la mujer.

29 En el plano constitucional, Neves entiende que la falta de realización normativa-legal está asociada a su función simbólica. Ante la discrepante realidad social, el modelo constitucional es invocado por los gobernantes como coartada, trasladando la "culpa" a una sociedad desorganizada, liberando de responsabilidad al Estado o al gobierno constitucional, o incluso trasladando la realización de la Constitución a un futuro remoto e incierto, a la "promessa e esperança de sua realização no futuro". NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 160-161.

30 Para Neves, la concepción instrumental del Derecho Positivo, en el sentido de que las leyes constituyen medios insuperables para alcanzar determinados fines deseados por el legislador, en particular el cambio social, implica un modelo funcional simplista e ilusorio, ya que existe un gran número de leyes que sólo sirven para codificar jurídicamente normas sociales ya reconocidas, además de que la complejidad del entorno social de los sistemas jurídicos y políticos es demasiado pronunciada para que la acción del Estado a través de la legislación se presente como un instrumento seguro de control social. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 31.

del poder, se intensifica el grado de desconfianza en el Estado, con reflejos en el descrédito ante el poder público³¹.

Con respecto a la violencia contra las mujeres, la falta de compromiso del legislador con la solución *material* del problema se evidencia en el texto mismo de la Ley 11.340, de 2006, que establece medidas de protección en beneficio de las mujeres víctimas de la violencia doméstica y familiar, mediante la creación de disposiciones meramente *vagas, programáticas* y sin fuerza contundente, sin que el legislador haya previsto sanciones por su incumplimiento.

A pesar de los importantes avances promovidos por la Ley Maria da Penha, la existencia de disposiciones que se *limitan* a establecer obligaciones ante los poderes públicos acaba restringiendo su *eficacia* en la defensa de las mujeres. Nótese, por ejemplo, que los mecanismos esenciales para su protección (por ejemplo, la creación de Tribunales Especiales para el juzgamiento de estos casos, o la construcción de refugios para las mujeres y sus hijos en situaciones de violencia doméstica y familiar) se establecen en la ley como mera *facultad* del poder público, no previendo la ley las consecuencias para el gestor público en la ausencia de implementación de las medidas, ni previendo el origen de los recursos para dicho destino. En consecuencia, muchas mujeres, debido a su falta de recursos y a la falta de cobijo, acaban por desanimarse a la hora de buscar sus derechos, ya que no encuentran el apoyo y la asistencia necesarios para soportar las consecuencias de una denuncia contra sus maridos o parejas.

Otro ejemplo de simbolismo jurídico-penal puede verificarse en la introducción, a través de la Ley 11.466, de 2007, del delito del Art. 319-A en el Código Penal brasileño, estableciendo la conducta de: "Incumplimiento por parte del Director del Centro Penitenciario y/o agente público, de su deber de prohibir al recluso el acceso al teléfono, radio o dispositivo similar, que permita la comunicación con otros reclusos o con el entorno exterior". Esta modificación legislativa en el año 2007 fue la causa de que se produjeran actos delictivos y motines simultáneos en varias cárceles de Brasil, y el nuevo tipo penal ha obtenido una gran aceptación por parte de la opinión pública.

Sucede que la simple introducción de este dispositivo no se ha reflejado, desde el punto de vista *fáctico*, en cambios dentro del sistema penitenciario brasileño. Además, ya existía una disposición en el Código Penal para el delito de *prevaricación* (artículo 319), que establece una redacción similar a la del artículo 319-A, previendo como delito la conducta de "Retrasar o dejar de realizar, indebidamente, un acto oficial, o realizarlo en contra de una disposición expresa de la ley, para satisfacer un interés o sentimiento personal". Es decir, la conducta del funcionario público (en este caso, el director del centro penitenciario o el funcionario de prisiones) de permitir al preso el acceso a un teléfono o a una radio, por infringir el deber funcional, *ya podría* estar encuadrada en el referido artículo, correspondiendo el nuevo dispositivo a una figura delictiva absolutamente *innecesaria*, que solo actúa como *refuerzo punitivo* a una conducta ya existente.

31 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 161.

El mismo mecanismo teleológico-estratégico³² utilizado intencionadamente por el legislador es evidente en todos estos ejemplos, alimentando la ilusión frente a la colectividad de que las alteraciones en las normas penales serán capaces, por sí mismas, de producir modificaciones de comportamiento en los individuos, ejerciendo un potencial efecto disuasorio frente a la criminalidad.

4 CONCLUSIÓN

Las reformas en el derecho penal y procesal penal demuestran el aumento de la represión del legislador, que se apoya en la reacción de la opinión pública ante el aumento de la criminalidad.

Lejos de buscar disminuir los efectos de la criminalidad identificando y combatiendo sus causas, el legislador ha utilizado expedientes retóricos y demagógicos, marcados por un simbolismo jurídico-penal que, sin embargo, acaba encontrando legitimidad ante la opinión pública, imprimiendo en ella una falsa noción de seguridad por el simple aumento del castigo penal.

REFERENCIAS

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **O patriotismo constitucional na perspectiva de Jürgen Habermas**: a reconstrução da ideia de nação na filosofia política contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, André Ricardo Fonseca; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. Main effects of law no. 13.964/2019 (anti-crime package) in Brazilian criminal law. **Gdanskie Studia Prawnicze**, Poland, v. 48, 2020.

CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica contemporánea: nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos. **Revista de derecho penal y criminología**. Madrid: Marcial Pons, 2004

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**: questões

32 Utilizando la tipología habermasiana, la acción estratégica (o teleológico-estratégica) puede definirse como sigue: "A ação estratégica, por seu turno, busca o êxito do sujeito social diante do(s) seus(s) oponente(s), promovendo uma modificação psicológico-comportamental no(s) destinatário(s), de forma à obtenção de fins que atendam a determinados *interesses particulares*." OLIVEIRA, Tarsis Barreto. **Pena e racionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 21).

penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

GARCÍA, José Ángel Brandariz. **Política criminal de la exclusión**: el sistema penal en tempos de declive del estado social y de crisis del estado-nación. Granada: Comares, 2007.

GOMES, Antônio Manoel Timbó Lima. Metodologia de avaliação e planejamento parlamentar: um estudo de caso sobre o seu impacto na elaboração de políticas públicas. In: **Revista de informação legislativa**. Ano 54, nº 215. Brasília: Senado Federal, julho/setembro, 2017.

GRILLO, Marcelo Gomes Franco. **Direito processual e capitalismo**. 1. ed. São Paulo: Dobra Universitária, 2017.

HARO, Guilherme Prado Bohac de; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. A influência da liberdade econômica nos índices de aferição da qualidade das democracias. In: **Revista de informação legislativa**. Ano 57, nº 227. Brasília: Senado Federal, julho/setembro, 2020.

HENRIQUES, Hugo R.; PONZILACQUA, Márcio H. P. Análise de admissibilidade de proposições legislativas: a atuação da comissão de constituição, justiça e cidadania do Senado Federal em 2014. In: **Revista de informação legislativa**. Ano 54, nº 213. Brasília: Senado Federal, janeiro/março, 2017.

HERRERO, César Herrero. **Política criminal integradora**. Madrid: Dykinson, 2007.

MENDES, Antônio Celso. **Direito**: linguagem e estrutura simbólica. Curitiba: Champagnat, 1996.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NUNES, Antônio José Avelãs. **A crise atual do capitalismo**: capital financeiro, neoliberalismo, globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. **Структура судебной власти в бразилии: уголовное преследование в свете недавних реформ уголовно процессуального кодекса**. "A estrutura do poder judiciário no Brasil: da persecução penal às reformas no código de processo penal brasileiro". In: **Revista de Direito da Universidade de Moscou** - Rússia, v. 2, 2018.

_____. Les manifestations de la corruption: le cas du Brésil. In: CÉRÉ, Jean-Paul; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. (Org.). **Corruption et droit pénal**. Comité International des Pénalistes Francophones. 1. ed. Paris: L'Harmattan, v. 1, 2019.

_____. **Pena e racionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE; André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. **Nova lei do abuso de autoridade**. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

QUEIROZ, Paulo. **Ensaios críticos: direito, política, religião**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Organizado por Erin Kelly. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

The Constitution of the United States of America. Carlise, Massachusetts, USA: Applewood Books, 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

Recebido em: 13/11/2021

Aprovado em: 13/11/2021