

EL NUEVO PARADIGMA DE LA JUSTICIA CRIMINAL CONSENSUADA: PLANTEAMIENTOS SOBRE LA LEY BRASILEÑA 9.099/95

LUIZ FLÁVIO GOMES*

SUMARIO: 1. De la Justicia Criminal conflictiva a la Justicia Criminal Consensuada (espacio de consenso y espacio de conflicto). 2. El «modelo consensual» como fuente de inspiración de la Ley 9.099/95. 3. Delimitación legal del «espacio de consenso»: infracciones de pequeño y de mediano potencial ofensivo. 4. Los principios fundamentales del modelo consensuado de Justicia Criminal. 5. La ruptura del modelo político y criminal paleorrepresivo. 6. Síntesis del «nuevo paradigma» de la Justicia Criminal consensuada. 7. Las cuatro medidas (alternativas) despenalizadoras de la Ley 9.099/95: aplicación inmediata y retroactiva. 8. El presente y el porvenir del modelo consensual brasileño de Justicia Criminal y de las penas alternativas.

1. DESDE LA JUSTICIA CRIMINAL CONFLICTIVA HASTA LA JUSTICIA CRIMINAL CONSENSUADA (ESPACIO DE CONSENSO Y ESPACIO DE CONFLICTO)

1.1. Todos están de acuerdo en que la Justicia Criminal tiene que modernizarse para lograr, como sugiere la moderna Criminología, «un control razonable» de la criminalidad. Su extirpación,

* Juez de Derecho en São Paulo. Master en Derecho Penal por la Universidad de São Paulo. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal.

tal como pretendía el socialismo real, es una utopía, incluso porque, desde el punto de vista sociológico, es «normal» y como lo reconocía Durkheim, ejerce una función «útil»¹. A la par de la inmensa gama de medios e instrumentos (políticos y criminales) que permiten la «respuesta jurídica» adecuada frente a cada conducta desviada –respuesta que debe ser simultáneamente «justa y útil»– se observa actualmente una fuerte tendencia metodológica a separar la «grande» de la «pequeña» y de la «mediana» criminalidad, es decir, la criminalidad de menor (y mediano) potencial ofensivo de la criminalidad altamente reprochable (gran potencial ofensivo).

1.2. Esto sugiere, en primer lugar, que le corresponde al ordenamiento jurídico prever para cada especie de criminalidad (bien delimitada) «reacciones» no sólo *cuantitativas* sino también *cualitativas* distintas, valiéndose de instrumentos y procesos, así como de procedimientos diferentes. Sugiere, asimismo, que a la par de un *nuevo* modelo de Justicia Criminal se debe delimitar de manera cristalina el *espacio de consenso* (vinculado a la pequeña y mediana criminalidad) del *espacio de conflicto* (criminalidad grave)²: el «espacio de consenso» está orientado primeramente hacia la resocialización del autor del hecho y puede implicar, para respetar el principio de la autonomía de la voluntad, el «retroceso» (léase: uso voluntariamente limitado) de ciertos derechos y garantías fundamentales que le aseguran el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, como es el caso de la igualdad de oportunidades, de la verdad real, de amplia defensa, de libre contradicción etc. Por otro lado, el «espacio de conflicto» está señalado por la contrariedad y el antagonismo, así como por el estricto respeto a todos los derechos y garantías fundamentales, a modo de ejemplo la presunción de inocencia, el proceso estricto, la verdad material, la libre contradicción, amplia defensa, recursos, etc.

¹ Véase: ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, trad. de LUIZ FLÁVIO GOMES, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 175. Sobre la «normalidad» y la «utilidad» de la criminalidad, véase: WINFRIED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 37 y ss.

² Véase: en este sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Consenso e oportunidade», en *Jornadas de Direito Processual Penal - O novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, pp. 334 y ss.

1.3. En lo que concierne a la criminalidad pequeña o mediana, existe una clara preocupación, incluso a nivel internacional, en hacer que el principio de intervención mínima³ se tome en su mayor amplitud. Y no hay campo más propicio –de acuerdo con la opinión de autoridades en el tema– para las llamadas «penas o medidas alternativas»⁴. La forma más difundida hasta la fecha de dar una respuesta a dichas reivindicaciones viene siendo la vía procesal (en detrimento de la penal). Más precisamente, se viene adoptando de forma amplia la vía del «consenso» que implica no utilizar los tradicionales derechos fundamentales, ni las formas clásicas de reacción, en pro de nuevas fórmulas alternativas⁵.

1.4. Por lo tanto, en el ámbito de la criminalidad es posible hablar de un menor (o mediano) potencial ofensivo, en un «Modelo Consensual de Justicia Criminal» que, como explica Figueiredo Dias, se debe llevar lo más adelante posible, mejorando la comunicación entre los sujetos y las diferencias procesales⁶. Aunque no se trata, como el ilustre procesalista portugués Costa Andrade⁷ bien señala,

³ Véase: LUIZ FLÁVIO GOMES, *Suspensão condicional do processo penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 82 y ss.; v. también: TERESA ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991; la Circular n.º 1/1989 del Procurador General del Ministerio Público Español, en JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988», en *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 15 y ss.; LUIZ LUISI, *Os princípios constitucionais penais*, SÉRGIO A. FABRIS, Ed. Porto Alegre, 1991; RAÚL CERVINI, *Os processos de descriminalização*, trad. de Eliana Granja y otros, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

⁴ Respecto de estas penas y medidas alternativas que también merecieron la atención del XIX Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente, véase DAMÁSIO E. DE JESÚS, *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, Saraiva, São Paulo, 3ª ed. 1996, pp. 17 y ss.; véase también: *Alternativas à pena de prisão*, org. de JULITA LEMGRUBER, Anales, Tomo I y II, Rio de Janeiro, 1994 y 1996.

⁵ En el Brasil, antes de que se promulgara la Ley 9.099/95 que es nacional, en el estado de Mato Grosso do Sul, desde 1990, por ley local, ya se utilizaba un modelo consensual de Justicia Criminal, en el que se aplicaban penas alternativas, sobre todo «canastas básicas» de alimentos: véase JOSÉ CARLOS DE O. ROBALDO, Boletim IBCCrim n.º 12, pp. 118 y ss.

⁶ Citado por MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Consenso e oportunidade», op. cit. p. 325.

⁷ M. DA COSTA ANDRADE, «Consenso e oportunidade», op. cit. p. 327.

de una consensualidad absoluta –no hay forma de librar el proceso de toda coerción– algo que no llegaría a ser incluso deseable. Lo cierto es que parece indiscutible la posibilidad de consentir hasta con el deliberado retroceso en el uso de derechos constitucionalmente asegurados (como el de amplia defensa, el doble grado de jurisdicción, la contradicción, etc.), ya sea en razón de la «autonomía de la voluntad personal» ya sea en razón de la defensa de otros intereses de su titular, o, en fin, sea en razón de la «doble» naturaleza de estos derechos fundamentales, que están pensados no sólo para los individuos sino también para la comunidad.

2. EL «MODELO CONSENSUAL» COMO FUENTE DE INSPIRACIÓN DE LA LEY 9.099/95

2.1. La Ley n.º 9.099/95 que rige en los Juzgados Especiales de lo Civil y de lo Penal, con vigencia para todo el territorio brasileño desde el 26 de noviembre de 1995 está muy inspirada en este modelo político-criminal «consensuado». Ya en su artículo 2.º se enfatiza que el proceso, en las infracciones de pequeño y mediano potencial ofensivo (que la misma ley se encargó de delimitar) además de la sencillez, oralidad, economía procesal y celeridad, debe buscar siempre que sea posible la *conciliación* o la *transacción*. Lo que surge de este dispositivo legal, desde ya, no es únicamente una innovadora manera de realizar el valor «justicia» sino y sobre todo que la «conciliación» (género) no es exactamente lo mismo que «transacción» (especie). La ley puntualiza estos dos caminos como los adecuados para alcanzar la celeridad, sencillez, etc.

2.2. El marco jurídico-penal brasileño, tras la promulgación de la Ley 9.099/95, indudablemente es otro distinto. Los cambios que esta ley propició son notables. En las infracciones de menor potencial ofensivo⁸, la *composición civil* (reparación de daños) llega al extremo de, por sí misma, extinguir la punibilidad (la pretensión punitiva estatal) siempre y cuando se trate de acción penal de iniciativa

⁸ Más adelante trataremos de la delimitación legal de este concepto, así como del alcance de la expresión infracción de mediano potencial ofensivo.

privada (de iniciativa del ofendido) o de acción penal pública condicionada a la representación de la víctima (art. 74, párrafo único). El acuerdo homologado por el juez ocasiona la renuncia al derecho de queja o de representación. Y la renuncia, como se sabe, es causa extintiva de la punibilidad penal (Código Penal, art. 107, V). En pocos casos incidiría esta «composición civil extintiva de la punibilidad» si esta misma ley no hubiera transformado la acción penal en los crímenes de lesión corporal dolosa leve y lesiones imprudentes de pública incondicionada en pública condicionada a la representación de la víctima. De esta manera, el ámbito de incidencia de la composición civil extintiva de la punibilidad fue extraordinariamente extendido, por ejemplo, todos los accidentes automovilísticos con lesión están bajo la égide de este nuevo régimen jurídico ⁹.

2.3. Conviene resaltar la gran transformación que provocó esta nueva «filosofía» político-criminal. La actividad jurisdiccional penal debería servir única y exclusivamente a los intereses vinculados con la pretensión punitiva estatal, pero la orientación ahora es otra: en los casos mencionados sobresalen los intereses de la víctima. La reparación del daño, en el caso planteado, es el *quantum satis* para la respuesta estatal. Se considera que sólo ella es suficiente para alejar la *necesidad* de cualquier sanción penal. Esto significa colocar el Derecho Penal como *ultima ratio* del sistema. Si otras medidas menos drásticas se revelan adecuadas para el efecto preventivo, no debe incidir el Derecho Penal. Es la aplicación subsidiaria de esta rama de la ciencia jurídica la que está en consonancia con la más actualizada doctrina internacional ¹⁰.

2.4. En la nueva ley además de estar previsto un tratamiento jurídico distinto (despenalizador) para las infracciones de menor potencial ofensivo, se abren las puertas a una posible suspensión condicional del proceso (que no se confunde con el clásico «sursis» –suspensión de la ejecución–, y tampoco con la «probation») en las

⁹ Sobre la participación de la víctima en el moderno derecho penal, véase: ALFONSO SERRANO MAÍLLO, *La compensación en Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 241 y ss.

¹⁰ Véase: ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal - introducción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, pp. 275 y ss.

infracciones de mediana gravedad (delitos cuya pena mínima no exceda de un año). Y conviene señalar que la reparación del daño aparece como condición primera de esta suspensión. Una vez más, el sistema penal está preocupado con los intereses de la víctima. La pretensión punitiva estatal, por ende, en estas infracciones «menores» dejó de ser la meta principal.

Se buscó atender con prevalencia otras expectativas engendradas por el hecho delictivo ¹¹.

3. DELIMITACIÓN LEGAL DEL «ESPACIO DE CONSENSO»: INFRACCIONES DE MENOR Y DE MEDIANO POTENCIAL OFENSIVO

3.1. En conformidad con la decisión del legislador, las infracciones de menor potencial ofensivo (mencionadas en el artículo 98, I, de la Constitución Federal de 1988) figuran en el espacio de consenso, al igual que las de mediano potencial ofensivo. Infracciones de menor potencial, en los términos del artículo 61 de la Ley n.º 9.099/95, son las «contravenciones penales y los crímenes para los que la ley castiga con pena máxima no superior a un año, salvo en los casos en que la ley prevé procedimiento especial». Todas las contravenciones penales, no importa cuál sea la pena o procedimiento, integran el «espacio de consenso» elegido por el legislador. En lo que respecta a los crímenes, hay que tener en cuenta las dos limitaciones legales: 1.^a) *limitación cuantitativa*: se incluyen en el concepto de infracción de menor potencial ofensivo los crímenes cuya pena máxima (conminada) no exceda de un año; se trata de la pena en abstracto, prevista en el tipo penal, no de la pena en concreto o en perspectiva; 2.^a) *limitación de procedimiento*: se excluyen los delitos que requieren procedimiento especial. A modo de ejemplo, podemos citar algunos procedimientos especiales que merecieron la salvedad de la ley: ley de prensa, ley de tóxicos (art. 17), delitos contra la honra, etc. Esta criminalidad de menor potencial ofensivo que no se

¹¹ Sobre el pobre marco de perspectivas que crea el sistema penal clásico véase: A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, op. cit. pp. 71 y ss.

confunde con la de daño (lesividad) insignificante ¹², tampoco se puede identificar con la criminalidad de mediano potencial ofensivo.

3.2. De acuerdo con el documento legal mencionado, se caracterizan como de mediano potencial ofensivo los crímenes en los que la pena mínima conminada es igual o inferior a un año (cfr. art. 89). Se llega a esta conclusión porque respecto a estos delitos se estableció una nueva vía de reacción estatal, es decir, la suspensión condicional del proceso. Hay que resaltar que la ley hizo uso de la pena conminada, no de la pena concreta o en perspectiva. Circunstanciales causas de incremento o disminución se deben tomar en cuenta de forma abstracta para el efecto de la incidencia en la ley. En lo que concierne a la tentativa, la reducción máxima (de dos terceras partes) es lo que vale.

3.3. Las infracciones que se acaban de señalar forman parte del ámbito del «consenso», lo que equivale a decir que autorizan una solución de conciliación para el conflicto, aplicándose penas o medidas alternativas. Se nota la diferencia con la tradicional, que requería siempre investigación policial, denuncia (obligatoria), proceso, pruebas, contradictorio, sentencia, etc. Tuvo suma importancia para este cambio político-criminal tan fuerte el hecho de que se esté reconociendo la insuficiencia (e incluso la quiebra) del sistema penal clásico (así como del modelo clásico de Justicia Criminal ¹³) que no reúne condiciones para poder afrontar, con su actual estructura y organización, todas las infracciones. Ya no se cree en el «full enforcement».

4. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL MODELO CONSENSUAL DE JUSTICIA CRIMINAL

4.1. El modelo consensual instituido por la Ley 9.099/95 tiene sus raíces en tres principios fundamentales: 1.º) principio de oportunidad

¹² Véase: CARLOS VICO MAÑAS, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal*, Saraiva, São Paulo, 1994.

¹³ Véase: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, op. cit. pp. 70 y ss.

reglamentada; 2.º) principio de la autonomía de la voluntad; y 3.º) principio de la no necesidad de la pena de cárcel. Para poder establecer el modelo consensual de Justicia Criminal, como se puede notar, en primer lugar el legislador escogió la vía procesal (principio de oportunidad). Esto significa que, para que pueda haber consenso o conciliación, es absolutamente necesario que el Ministerio Público renuncie a la vía procesal clásica que se rige por el principio de la obligatoriedad. En segundo lugar, del imputado se espera que renuncie al correspondiente proceso legal clásico (contradictorio, pruebas, recursos, etc.) a cambio de algunos beneficios importantes (se evita el proceso, las ceremonias degradantes, la sentencia, el rol de culpables, la reincidencia, etc.). En tercer lugar, al Estado se le quita la forma de reacción clásica que es el encarcelamiento, propiciando la aplicación de medidas o penas alternativas, tales como multa, prestación de servicios a la comunidad, reparación de daños en favor de la víctima y otras de esta clase. Cada uno de los implicados en la persecución penal debe abdicar de una parcela de sus derechos tradicionales. Se trata, por lo tanto, de un nuevo sistema ¹⁴, y no sencillamente de un nuevo procedimiento, pues privilegia indudablemente a la víctima (reparación de los daños), a la vez que favorece la resocialización del infractor por otras vías alternativas distintas del encarcelamiento. Se busca no estigmatizarlo, ya sea por el proceso penal en sí mismo, ya sea por la condena. También se incluye el irrefutable deseo de desburocratizar la Justicia Criminal.

4.2. *Principio de oportunidad o discrecionalidad reglamentada.* La regla en el sistema jurídico brasileño continúa siendo el principio de legalidad procesal (obligatoriedad). Excepcionalmente por lo tanto en algunos casos previstos taxativamente por la ley (y aun bajo el control judicial) el Ministerio Público puede disponer de la *persecutio criminis* para proponer alguna medida alternativa. Esto se conoce como principio de oportunidad reglamentada ¹⁵ o, como dice Alda Pellegrini Grinover ¹⁶ *discrecionalidad reglamentada o controlada*.

¹⁴ Así, LUIZ V. CERNICCHIARO, «Ley 9.099/95 - Algumas observações», en *RBCCrim* n.º 13, pp. 120 y ss.

¹⁵ Véase: JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988», en *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 32.

¹⁶ ADA P. GRINOVER, *Novas tendências do direito processual*, Forense Universitaria, Rio de Janeiro, 1990, p. 403.

4.3. En el Brasil urge aclarar el principio de la oportunidad (o disponibilidad) que es el que rige la acción penal exclusivamente privada (así como la personalísima). El ofendido o su representante legal pueden disponer de la acción privada de diversas maneras: renuncia, decadencia, perdón y perención. En lo que concierne a la acción penal pública, como ya se ha señalado, vale el principio opuesto, es decir, el de la legalidad procesal (u obligatoriedad). La Ley n.º 9.099/95 rompió la rigidez de este principio tan tradicional entre nosotros, siguiendo lo que ya está contemplado en el derecho extranjero ¹⁷. Ahora el Ministerio Público puede «disponer» de la acción penal pública (incondicionada o condicionada), en algunos casos taxativamente previstos por ley. Justamente porque la disponibilidad es taxativa se habla de discrecionalidad reglamentada o controlada y también de «legalidad mitigada». Por otra parte, está reglamentada y controlada en razón de encontrarse bajo control judicial. El Ministerio Público no podrá, por razones de oportunidad, «renunciar» a la acción penal pública, y tampoco ordenar que se archive cualquier expediente. Al inicio de la fase procesal de la «persecutio criminis» tendrá que actuar (en realidad, de acuerdo con parámetros alternativos), excepto en el caso de que se trate de acción penal pública condicionada, de la competencia del Juzgado Criminal, cuando haya habido composición en lo civil. En este supuesto, por fuerza del artículo 74, párrafo único, resultará extinta la punibilidad.

4.4. Hay, por lo tanto, que distinguir los casos. En el ámbito del Juzgado Especial Criminal (que tiene competencia para conocer y juzgar las infracciones penales de menor potencial ofensivo), cuando se trata de acción penal pública condicionada (o privada), la composición civil, tras haber sido homologada «reporta la renuncia al derecho de representación (o de queja)» (art. 74, párrafo único). En este supuesto, el Ministerio Público estará impedido de actuar, aunque se trate de una acción penal pública (condicionada). La composición civil significa renuncia a la representación y sin ella el Ministerio

¹⁷ Así ocurre en Alemania, Código de Procedimiento Penal, art. 153a; el «plea bargaining» norteamericano; el CPP de Panamá tras la Reforma de 1987, la Recomendación R (87) 18 del Consejo de Europa; el CPP de Portugal, artículo 281; el procedimiento directo del CPP italiano; la Ley 24.316/94 de Argentina y otras (véase: LUIZ FLÁVIO GOMES, *Suspensão condicional do processo*, 2.^a ed., pp. 48 y ss.).

Público no puede instar la acción penal. Sin tal condición de procedibilidad es imposible la acción. Por otra parte, desde el punto de vista penal, la renuncia implica la extinción de la punibilidad, en los términos del artículo 107, V, del Código Penal. Conforme lo entiende el legislador, la composición civil es el «quantum satis» como respuesta por la infracción cometida. Por sí misma ella nos muestra que es innecesaria la intervención de la vía penal. Estamos ahora ante el primer proceso despenalizador previsto en la ley n.º 9.099/95.

4.5. Todavía en el ámbito del Juzgado Especial Criminal, ya sea tratando de la acción penal pública incondicionada o de la acción penal pública condicionada en que haya habido representación (por no haber sido posible la composición civil), el Ministerio Público tendrá que actuar (en realidad proponiendo sanción alternativa), siempre y cuando haya «*fumus boni iuris*», es decir, justa causa que justifique una respuesta estatal penal. No tiene vigencia aquí el principio de oportunidad en su sentido más cristalino. Esto se explica por razones de oportunidad, el Ministerio Público no puede requerir que se archive, no puede dejar de actuar. En los dos casos expuestos, la ley prevé la posibilidad de imponer sanción penal, pero jamás la privación de libertad (art. 72). Será siempre una sanción alternativa (pena restrictiva de derechos o multa; y si el tipo penal conmina exclusivamente con pena de multa el juez podrá reducirla hasta la mitad (art. 76, párrafo 1.º). En suma, el Ministerio Público cuando hace la propuesta alternativa está «utilizando» de la respuesta estatal conminada en abstracto (pena de cárcel o multa integral); pero su poder no llega al extremo de permitirle renunciar íntegramente a cualquier respuesta estatal. Esto se llama «oportunidad reglamentada».

4.6. Al tratarse de acción penal pública, lo corriente sería que el Ministerio Público, de inmediato, ofreciera denuncia (si no es el caso de que se archive). Pero innovando completamente nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 76 preceptúa que el Ministerio Público podrá proponer que se aplique inmediatamente la pena restrictiva de derechos o multas (sic), que será detallada en la propuesta. En lugar de la denuncia, en la etapa preliminar del nuevo procedimiento del Juzgado Criminal, le corresponde al organismo de la acusación formalizar propuesta para aplicación inmediata de pena que no prive la libertad. Como la respuesta penal no será la privación de libertad, por supuesto, estamos ante otra vía despenalizadora.

4.7. La propuesta del Ministerio Público, si bien no necesita los requisitos de la denuncia (CPP, art. 41), también porque la ley tiende a la informalidad, agilidad, celeridad, economía procesal, etc., debe, por lo menos, delimitar (aunque de forma sencilla) los hechos que propiciaron la respuesta estatal. Esto es relevante para el efecto de que se constate la tipicidad, el «*fumus boni iuris*», posible litispendencia, cosa juzgada, etc. En la propuesta debe, igualmente, constar la clasificación jurídica de los hechos y la penalidad que el organismo de acusación considera justa en este caso concreto. Vale señalar que el artículo 76 requiere que la propuesta «especifique» la pena que será aplicada inmediatamente, siempre y cuando haya sido aceptada por el imputado.

4.8. Esta propuesta se deberá hacer en audiencia. Más precisamente en la audiencia preliminar de acuerdo con lo previsto en el artículo 72. En tal acto, presentes el representante del Ministerio Público, el autor del hecho y la víctima, y si fuese posible, el responsable civil, acompañados de sus correspondientes abogados, el juez explicará que existe la posibilidad de composición de los daños y también hablará sobre la aceptación o consentimiento con la propuesta de aplicación inmediata de pena que no prive de libertad. De esta forma el legislador trazó nuestro procedimiento de forma muy directa, prácticamente como sucede en el derecho italiano con la «aplicación de la pena por requerimiento de las partes»¹⁸. Sin embargo, se nota que no corresponde al «*plea bargaining*» norteamericano y tampoco al procedimiento por orden penal. No se trata del famoso instituto norteamericano porque la conciliación queda a cargo de la audiencia, ante el juez. Las partes no celebran un acuerdo fuera de los autos (extrajudicial) y el juez se limita a homologarlo, no es este caso. Todo se lleva a cabo en audiencia a causa de la oralidad. Ésta es la que asegura la inmediatez del juez y la publicidad. Por otra parte, el juez siempre controlará si el consentimiento por parte del imputado ocurre con total libertad y conciencia. El juez es el que explica y aclara respecto de la aceptación de la propuesta. El Ministerio Público no puede entablar ninguna negociación fuera de la audiencia, sin que el juez esté presente.

¹⁸ Véase: CARLOS E. DE A. BUONO y A. TOMÁS BENTIVOGLIO, *A reforma procesual penal italiana*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, pp. 85 y ss.

4.9. No se trata del procedimiento por orden penal porque en éste el juez, lo primero que hace, al acoger el pedido del Ministerio Público, es dictar la sanción. Luego, intima al autor del hecho que puede aceptar o rechazar la sanción ya dictada. En el sistema brasileño, el juez antes de fijar la sanción tiene que oír al autor del hecho y a su abogado. Si hay consentimiento, todo será sometido a la apreciación del juez (art. 76, párrafo 3.º). La conciliación de las partes, como se nota, no es un acto de causación sino de postulación¹⁹. La última palabra la tiene el juez. Al principio de oportunidad en el derecho brasileño se le llama «oportunidad reglamentada», como ya se dijo, incluso porque está bajo el control judicial.

4.10. Tras haber sido hecha la propuesta para aplicar inmediatamente la pena, el juez explicará el tema del consentimiento. Si se produce tal aceptación por parte del autor del hecho y de su abogado, esto significará admitir una solución conciliatoria para el conflicto penal.

En términos de naturaleza jurídica, por fin, lo que ocurre en el consentimiento es la conformidad penal, algo parecido a lo que pasa en el sistema español²⁰. El autor del hecho está conforme con la propuesta del Ministerio Público y esto propicia la aplicación inmediata (directa) de la sanción. Pero cuando el autor del hecho se conforma con la sanción, en este justo momento está habiendo transacción porque está renunciando al ejercicio de diversos derechos y garantías fundamentales. El Ministerio Público debe disponer acerca de la pretensión punitiva estatal (pena de cárcel o multa íntegra) estipulada, ya que el imputado debe disponer sobre algunos derechos y garantías fundamentales. En esto consiste la transacción que resulta de una conformidad.

4.11. Esta conformidad «penal» (que implica derechos y garantías fundamentales, así como el consentimiento con que se aplique inmediatamente una «pena» que, sin embargo, no tiene los mismos efectos que la «pena clásica») no se puede confundir con la conformidad exclusivamente procesal que ocurre en la suspensión condicional

¹⁹ Véase: LEOPOLDO PUENTE SEGURA, *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994, pp. 76 y ss.

²⁰ Véase: L. PUENTE SEGURA, *La conformidad*, op. cit. pp. 45 y ss.

del proceso (art. 89). En esta última se contemplan única y exclusivamente derechos y garantías fundamentales. Por otra parte, la conformidad penal puede ser sencilla o compleja. En la conformidad sencilla el autor del hecho acepta, en su totalidad, la propuesta del Ministerio Público (que jamás puede ser pena de cárcel) y no discute nada («*tollitur quaestio*»). En el segundo caso, o sea, en la conformidad compleja, en un primer momento, el autor del hecho puede creer que la propuesta es excesiva, y nada le impide hacer una contrapropuesta. En este momento tiene inicio una conciliación compleja, ante la presencia del juez (en audiencia). En ambas formas de conformidad se produce una transacción puesto que ambas partes (Ministerio Público y autor del hecho) están renunciando a algo: el primero a la pretensión punitiva del Estado, el otro a una parte de sus derechos y garantías fundamentales.

4.12. ¿Y esta transacción sería posible desde el punto de vista legal y constitucional? Indiscutiblemente sí. A nivel infraconstitucional, el artículo 2.º de la Ley n.º 9.099/95 regula la transacción. Este artículo trata de la conciliación y de la transacción. Conciliación es un género que abarca la composición civil y la transacción (ésta derivada de la conformidad del autor del hecho). A nivel constitucional, la base de la transacción consta en dos artículos: 98, I, es el que la autoriza, en los casos previstos por ley; conviene además mencionar el artículo 129, I que dice: «Son funciones institucionales del Ministerio Público: I - *promover privativamente la acción penal pública en la forma de la ley*» (el subrayado es nuestro). El ejercicio de la acción penal pública se realizará de acuerdo con los contornos que la ley proporciona. Las bases constitucionales del principio de oportunidad figuran en el artículo 98, I (en lo relativo a las infracciones del Juzgado Especial Criminal), así como en el artículo 129, I, de la Constitución Federal, en lo que concierne a la suspensión del proceso (el Ministerio Público, según dice el último dispositivo, ejercerá la acción penal pública privativamente, *en los términos de la ley*). Es la ley, en última instancia, la que establece la actuación del Ministerio Público. Se nota que el orden jurídico, de esta forma, no sólo constituye objeto de su actuación (cfr. art. 127) sino también su límite. Al mismo tiempo que es objeto de su defensa, preside cualquier actuación suya ²¹. Todos los poderes públicos

²¹ MANUEL MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 124.

están sometidos al imperio de la legalidad, pues esto es lo que caracteriza al Estado de Derecho. Sin embargo, primordialmente, el Ministerio Público constituye el organismo diseñado constitucionalmente para actuar en la defensa del orden jurídico.

4.13. Ante lo expuesto, no se puede afirmar que en el Juzgado Especial Criminal esté presente el principio de la oportunidad en su sentido puro. La ley suavizó la intensidad de la respuesta estatal (en lugar de encarcelamiento otra pena alternativa), pero no le permitió al Ministerio Público renunciar a esta vía alternativa. Al estar presentes los resguardos legales, el organismo de acusación tiene que actuar. No puede, por razones de oportunidad, dejar de formalizar la propuesta. El poder proponerla (art. 76) como se nota no significa un poder puro es un poder-deber. Este poder-deber, además, tiene doble significado: en primer lugar el Ministerio Público no puede dejar de formalizar la propuesta por razones de oportunidad; y en segundo lugar no puede dejar de formalizarla cuando se reúnen los requerimientos legales, pues si ocurriera esto último el autor del hecho adquiere un derecho subjetivo.

4.14. Si no hubiera consentimiento respecto de la propuesta de aplicación de pena inmediata (art. 76), el Ministerio Público ofrecerá denuncia oral. Una vez más estamos frente al principio de legalidad procesal (u obligatoriedad). Estando presente la justa causa («fumus boni iuris») el organismo de acusación tendrá que actuar. No puede, por razones de oportunidad, dejar de denunciar. En la audiencia de instrucción y juicio, no obstante, podrá hacerse la propuesta de aplicación de pena inmediata (art. 79). En este supuesto, el Ministerio Público «dispone» de la acción penal clásica pero al mismo tiempo tiene que formalizar la propuesta de aplicación de pena directa.

4.15. El principio de oportunidad (ahora como expresión de disponibilidad) está presente también, de forma inequívoca, en la suspensión condicional del proceso (art. 89). El Ministerio Público ofrece la denuncia y simultáneamente puede proponer la suspensión del proceso. Esto no supone renunciar a la acción. Es el caso, sí, de disponer sobre su proseguimiento. La nueva ley hizo más flexible el desarrollo de la acción penal pública en algunos crímenes (de mediano potencial ofensivo). Pero no son razones exclusivas de oportunidad las que justifican la suspensión del proceso. En última

instancia, en este instituto hay una cierta individualización de la respuesta estatal de tal forma que no menoscabe la prevención general y especial (efecto intimidatorio y resocializador de la respuesta estatal). Esto significa que el imputado, cumplidas las condiciones, tiene un derecho público subjetivo a la suspensión del proceso.

4.16. *Principio de autonomía de la voluntad.* El segundo fundamento del modelo consensual de Justicia Criminal está en el principio de la autonomía de la voluntad del imputado. Sin que el acusado lo consienta no sería posible ninguna solución conciliatoria para el conflicto penal. Sería discutible (en realidad imposible) imponer una solución alternativa si no se cuenta con el consenso del autor del hecho, es decir, independientemente de su voluntad. Se llega incluso a plantear hasta qué punto el interesado puede, sin embargo, consentir en que no se utilicen los derechos y garantías fundamentales. Es un tema apasionante, tanto en el ámbito del derecho penal como en la esfera procesal. La respuesta nos la proporciona Costa Andrade ²², que dice: «Más allá de la realización de la autonomía personal este consentimiento puede, en concreto, estar preordenado hacia la promoción de intereses legítimos del respectivo titular. Por esta razón es forzoso defender su validez y eficacia. En su causa está la tesis de la llamada *doble naturaleza* o *doble dimensión* que la moderna doctrina constitucional asigna a los derechos fundamentales. En resumidas cuentas: los derechos fundamentales no se pueden pensar únicamente desde el punto de vista de los individuos, sino que las facultades o poderes de que son titulares estos individuos antes valen jurídicamente también desde el punto de vista de la comunidad como *valores* o *finés* que ésta se propone a cumplir.»

4.17. La necesidad de que se produzca una defensa técnica en el acto del consentimiento demuestra la preocupación de la comunidad con los derechos y garantías fundamentales. Por otra parte, el hecho de que no se utilicen algunos derechos fundamentales pensados en favor del autor del hecho criminal nos parece perfectamente compatible con el sistema «consensual» de la ley n.º 9.099/95, tomando en cuenta los beneficios que esta ley otorga y que también privilegian otros derechos fundamentales (dignidad, no estigmatización, resocialización, etc.).

²² M. DA COSTA ANDRADE, «Consenso e oportunidade», op. cit. p. 332.

4.18. Conviene aún añadir que el aceptar cualquier solución conciliatoria ya significa la «amplia defensa constitucionalmente asegurada» (art. 5.º, inciso LV). Para que un derecho constitucional pueda ser ejercitado nos parece justo que el imputado pueda renunciar a otros derechos de igual naturaleza. Aceptar o no la vía consensual alternativa pasa a ser estrategia de la defensa. Por eso, la ley requiere que ambos (imputado y defensor) se manifiesten.

4.19. *Principio de la no necesidad de la pena de cárcel.* El tercer fundamento del nuevo sistema penal brasileño se asienta en el principio de que es innecesaria la pena de cárcel de corta duración. En el clásico «sursis» esta idea ya se encontraba subyacente. En lugar de ejecutar la pena de corta duración, que es nefasta y puede desencadenar una «carrera criminal» lo mejor es que el autor del hecho cumpla ciertas penalidades o condiciones alternativas fuera de la cárcel. La diferencia con relación al «sursis» es que en éste nada se fundamenta en el consenso, todo se impone. En el sistema conciliatorio, al contrario, todo se acuerda, y se llega a un consenso. El fracaso de la pena de cárcel, de la forma como se viene llevando a cabo en estos momentos, en especial la de corta duración, está en la base del nuevo instituto. Es nefasta, embrutece y constituye fuerte factor que engendra criminalidad, en las condiciones actuales. La consecuencia es un alto índice de reincidencia. La situación es bastante distinta en los países en los que se adoptan con prelación las penas alternativas ²³.

4.20. Es necesario también considerar la falta de legitimidad que encierra el encarcelamiento en el «moderno» Estado Constitucional de Derecho, puesto que, además de no ser neutral, es altamente desocializadora y asombrosamente peligrosa. La denuncia no es algo nuevo. Lo que existe de nuevo en las cárceles, en este final de milenio, es el alto nivel de crueldad y de riesgo. Penas prohibidas «formalmente» por nuestra Constitución (art. 5.º, inciso XLVII: penas crueles, trabajos forzados, pena de muerte, vía «sida», etc.) se encuentran presentes en el cotidiano de cualquier casa de encarcelamiento. Las recientes críticas del escritor español Julián Marías, por lo tanto, son muy procedentes. Después de resaltar que nuestro

²³ Véase: DAMÁSIO E. DE JESÚS, *Lei dos Juizados Especiais Anotada*, op. cit. pp. 17 y ss.

mundo es más liberal pero no por ello (paradójicamente) más vigilado, él añade: «hoy en día aparentemente continúa siendo esta privación de la libertad la única penalidad que se impone a los delincuentes, pero de hecho no es así. Al enviarlo a nuestras cárceles, en realidad se les está sometiendo a penas corporales tan duras y abyectas como las medievales. Cuando un individuo hoy día ingresa en una cárcel no se le está mandando pasar algún tiempo alejado de la convivencia y a sufrir el único castigo de su encerramiento, más bien se le está condenando a ciertas violaciones y violencias varias, quizás a utilizar drogas y muy probablemente a contraer enfermedades, sobre todo una mortal: el Sida. Estas condenaciones implícitas, pero efectivas, reales, con las que nadie más parece escandalizarse aunque sean manifiestas, aunque las padezca de la misma manera cualquier preso, independientemente de la gravedad de su crimen.»

5. LA RUPTURA DEL MODELO POLÍTICO-CRIMINAL PALEORREPRESIVO

5.1. El modelo político-criminal brasileño, en especial desde 1990 hasta hoy, es decir, desde que se promulgó la Ley de los Crímenes Hediondos-Ley 8.072/90, se caracteriza de forma inequívoca por la tendencia «paleorrepresiva». Sus características más señaladas son: dureza de las penas, corte de derechos y garantías fundamentales, tipificaciones nuevas y agravamiento de la ejecución penal²⁴.

El colosal incremento de la criminalidad resultante, sobre todo del modelo socioeconómico injusto —que no permite a todos aprender conductas socialmente positivas, todo lo contrario— viene engendrando una fuerte demanda de «políticas criminales duras». Y el Poder Político brasileño estaba correspondiendo a esta demanda:

²⁴ Véase: en sentido crítico a este modelo emocional y simbólico, DAMÁSIO E. DE JESÚS, en *Boletim IBCCRim* n.º 33, p. 3. Véase: también ALBERTO Z. TORÓN, *Crimes hediondos - O mito da repressão penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996; ALBERTO S. FRANCO, *Crimes hediondos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 3.ª ed. 1994, pp. 32 y ss.; L. FLÁVIO GOMES, *Crime Organizado*, escrito conjuntamente con Raúl Cervini, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pp. 26 y ss.

en un primer momento se presentó la ley de los crímenes hediondos, después la ley de combate al crimen organizado. Ahora ya se está hablando de una ley de los crímenes de especial gravedad ²⁵. La ley n.º 9.099/95 indiscutiblemente representa una ruptura importante en esta tendencia paleorrepresiva (y que no haya sido, como bien dice César Bitencourt «un equívoco del Congreso Nacional»).

5.2. Desde el punto de vista criminológico corresponde señalar la identificación de este modelo penal puramente represor con el modelo clásico de prevención, que considera el Derecho Penal (por sí mismo) como la respuesta más eficaz para el delito. En él se enaltece la capacidad de convencimiento que resulta del castigo, es decir, la política de la *deterrance* ²⁶. Cuanto más grave el castigo mas severas las penas en abstracto, y ¡menos crímenes! Ese es el pensamiento: el rigor de la pena disminuye la criminalidad. En realidad, como lo señala García-Pablos de Molina, ese es un modelo «falacioso y simplificador que manipula el miedo del delito» ²⁷.

6. SÍNTESIS DEL «NUEVO PARADIGMA» DE LA JUSTICIA CRIMINAL CONSENSUADA

6.1. Lo que marca las últimas reformas penales en el Brasil (Ley 8.072/90, ley n.º 9.099/95 etc.) emocionalmente inspiradas en el movimiento de la *Law and Order* ²⁸, como se sabe, son el agravamiento de las penas, la creación de nuevos tipos penales, restricción o supresión de derechos y garantías fundamentales y endurecimiento de la ejecución penal ²⁹. Fue por ello extraordinariamente sorprendente que dentro de este marco de *hard control* –cuya eficacia se

²⁵ Véase: *Boletim IBCCrim* n.º 33.

²⁶ Véase: MASSIMO PAVARINI, *Los confines de la cárcel*, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 1995, pp. 77 y ss.

²⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, op. cit. pp. 257 y ss.

²⁸ En este sentido véase: ALBERTO S. FRANCO, *Crimes hediondos*, op. cit. pp. 32 y ss.; ALBERTO Z. TORÓN, *Crimes hediondos*, op. cit. pp. 69 y ss.

²⁹ Sobre estas características del derecho penal «simbólico» brasileño véase: DAMÁSIO E. DE JESÚS, *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, op. cit. pp. 1 y ss.

viene poniendo en tela de juicio desde hace mucho— que recibimos la Ley n.º 9.099/95 (Proyecto Temer, Jobim y Abi-Ackel) que dispone sobre la creación de Juzgados Especiales de lo Civil y de lo Criminal.

6.2. Todas las contravenciones y crímenes cuya pena máxima no exceda de un año (salvo en los casos de procedimientos especiales) que antes abarrotaban los juzgados y tribunales ahora los juzgarán los juzgados criminales. Si el autor del hecho admite la culpa y acepta la «pena» propuesta por el Ministerio Público (nunca puede ser pena privativa de libertad), se encierra el caso inmediatamente sin que sea necesario recoger pruebas. Esta «aceptación inmediata de pena» no genera reincidencia y tampoco antecedentes penales.

6.3. Conviene aclarar que la ley, en el ámbito del Juzgado Criminal, aparte de favorecer la «conciliación» ha reservado poco espacio para la tan comentada «negociación penal». Estamos mucho más cerca, por lo tanto del *nolo contendere* (no asumo la culpa pero tampoco quiero discutir; no quiero contender) que del *plea bargaining* (que permite amplio acuerdo entre acusador y acusado sobre los hechos, la calificación jurídica y la pena). El Ministerio Público, en este caso, continúa vinculado al principio de la legalidad procesal (obligatoriedad), pero su «propuesta» sólo puede ofrecer una pena alternativa (restrictiva o multa) nunca sobre privación de libertad. Como se nota, él dispone sobre la sanción penal original, pero no puede dejar de actuar según los parámetros alternativos. A esto se le da el nombre de principio de la oportunidad «reglamentada».

6.4. El Poder Político (Legislativo y Ejecutivo), cambiando de forma radical su clásica política criminal fundamentada en la «idea» de que la pena severa disuade a cometer un delito (*deterrance*), de forma valiente y auspiciosamente está dispuesto a probar un nuevo camino de reacción al delito de pequeña y mediana gravedad y a poner en práctica uno de los más avanzados planes de «despenalización» del mundo, lo cual significa menos pena de cárcel sin afectar el carácter ilícito de la conducta.

6.5. Además de requerir representación en las lesiones leves y culposas (art. 88), en todos los crímenes cuya pena mínima no exceda de un año, será posible la «suspensión condicional del proceso» que representa, a nuestro juicio, la mayor revolución en el proceso penal ocurrida en estos últimos cincuenta años. Cuando, *ab initio*, considerando

que se trata de infractor primario, buenos antecedentes, buena personalidad, buena conducta social, etc. ya se vislumbra que habrá posibilidad de concesión futura del «sursis» (suspensión de la ejecución de la pena ya aplicada), se permite, siempre con el consentimiento del acusado y del defensor, la suspensión del proceso, mediante ciertas condiciones, con el inicio inmediato del periodo de prueba de dos años por lo menos, sin que se discuta la culpabilidad.

6.6. En contrapartida de esta *conformidad procesal* el sistema legal ofrece la no realización del interrogatorio y tampoco la producción de pruebas (audiencias), sentencia, rol de culpables, reincidencia, malos antecedentes, etc. Y si, después de haber cumplido íntegramente las condiciones de la suspensión –entre ellas por supuesto la reparación de los daños a la víctima– no comete nueva infracción, la punibilidad resultará extinguida. Sería como si el hecho cometido nunca hubiera ocurrido en la vida del imputado.

6.7. La suspensión del proceso, que la doctrina nacional viene reivindicando desde hace años, tiene como base el principio de oportunidad (el Ministerio Público podrá disponer –poder-deber–, por supuesto de la acción penal), y su finalidad suprema es la de evitar no sólo la estigmatización derivada de la sentencia condenatoria (lo que ocurre en la *probation*), sino sobre todo de la derivada del mismo proceso (que ya es una tortura). Indiscutiblemente es la vía más factible de la tan esperada desburocratización de la Justicia Criminal (gran parte del movimiento forense criminal se podrá reducir). Al mismo tiempo permite una pronta respuesta estatal al delito, o sea, en la medida de lo posible la inmediata reparación de los daños a la víctima, el fin de las prescripciones (ésta no corre durante la suspensión), la resocialización del autor de los hechos, su no reincidencia, una colosal ahorro de papeles, horas de trabajo, etc. Además, es un instituto que será aplicado inmediatamente por todos los jueces (no sólo los del juzgado), no requiere cualquier estructura nueva y permitirá que la Justicia Criminal, por fin, cuenta con tiempo disponible para dar mayor atención a la criminalidad grave, ayudando a reducir su escandalosa impunidad.

6.8. La Ley n.º 9.099/95 de 27.09.95, como se nota, innovó profundamente nuestro ordenamiento jurídico penal. Cumpliendo una disposición constitucional (Constitución Federal, art. 98, I), el legislador está dispuesto a probar un nuevo modelo de Justicia Criminal.

Es una verdadera revolución (jurídica y de mentalidad) porque rompe la inflexibilidad del clásico principio de la obligatoriedad e indisponibilidad de la acción penal. En adelante tenemos que aprender a convivir también con el *principio de oportunidad* en la acción penal pública (siempre que sea posible la suspensión condicional del proceso). Se abre en el campo penal un cierto espacio para el *consenso*. A la par del clásico principio de la verdad material ahora tenemos también que admitir la verdad *consensuada*.

6.9. El centro de las preocupaciones ahora no debe ser únicamente la *decisión* (formalista) del caso sino la búsqueda de *solución* para el conflicto. La víctima, por fin, empieza a ser *tomada en cuenta*, porque el nuevo sistema se preocupó precipuamente con la reparación del daño. Están lanzadas las bases de un nuevo paradigma de Justicia Criminal: a los que operan con el derecho (jueces, fiscales, abogados etc.) se les requiere más que la necesidad de prepararse para aplicar correctamente la ley, se les requiere que estén preparados para el desempeño de un nuevo *rol*: el de propulsores de la conciliación en el ámbito penal y todo ello bajo la inspiración de los principios de la informalidad, oralidad, economía procesal y celeridad (art. 2.º y 62).

6.10. El gran mérito de estas soluciones alternativas, como bien resaltó Carlos Eduardo Caputo Bastos ³⁰ «es, principalmente, el desarme de los espíritus en los conflictos sociales. Vamos a estimular cada vez más el diálogo, la negociación. No es posible admitir que a caballo del tercer milenio los hombres todavía no hayan aprendido a negociar, a sentarse en una mesa, de forma civilizada, para buscar *solución* a sus correspondientes conflictos». La Ley de los Juzgados Especiales Criminales, como de forma muy apropiada resumió Carlos Biosotti ³¹, se ha hecho para responder a notables y antiguas aspiraciones de la sociedad. «Es un verdadero divisorio de aguas en la historia del Poder Judicial», como muy bien señaló Fátima Nancy Andrighi ³². De cualquier manera, y ahora la advertencia es de João José Leal ³³ «no debemos pregonar ilusiones (en cuanto al control de

³⁰ Véase: CARLOS E. CAPUTO BASTOS, en *Direito & Justiça*, Correio Braziliense de 11.03.96, p. 6.

³¹ En *Edição Policial* n.º 254, abril/96, p. 2.

³² En *Direito & Justiça*, Correio Braziliense de 18.03.96, p. 1.

³³ En *A Gazeta do Povo*, de 06.12.95, p. 6.

la criminalidad): el verdadero problema criminal brasileño todavía está por solucionar correcta y eficazmente, solución que no se podrá limitar a medidas puramente legislativas y judiciales».

7. LAS CUATRO MEDIDAS (ALTERNATIVAS) DESPENALIZADORAS DE LA LEY N.º 9.099/95: APLICACIÓN INMEDIATA Y RETROACTIVA

7.1. La Ley n.º 9.099/95, en suma, no trató de ninguna clase de descriminalización, es decir, no le quitó el carácter ilícito a ninguna infracción penal. Lo que efectivamente aportó, como se pudo ver en los puntos anteriores, fueron cuatro medidas (alternativas) despenalizadoras (medidas penales o procesales alternativas que procuran evitar la pena de cárcel): 1.^a) composición civil extintiva de la punibilidad (art. 74, párrafo único); 2.^a) transacción penal (art. 76); 3.^a) exigencia de representación en las lesiones corporales; 4.^a) suspensión condicional del proceso penal ³⁴.

7.2. Precisamente porque afectan el «ius libertatis» no se puede negar el carácter de ley que disciplina un derecho fundamental. Por fuerza del artículo 5.º, párrafo 1.º de la Constitución Federal, la ley que disciplina un derecho fundamental tiene aplicación inmediata. Antes de que se instalen formalmente los Juzgados Criminales, los jueces y tribunales ya están aplicando tales institutos despenalizadores. Por otra parte, por el hecho de contemplar medidas despenalizadoras la Ley n.º 9.099/95 es beneficiosa para el reo. Esta nueva ley penal tiene efecto retroactivo, en conformidad con otro mandamiento constitucional (art. 5.º, inciso XL). El Colendo Supremo Tribunal Federal ya se manifestó respecto de esta retroactividad favorable. De forma unánime en tres ocasiones ya la acogió terminantemente: Investigación n.º 1.055, AM, Ponente Celso de Mello, Pleno, DJU de 24.05.96; HC 73.837-1, GO, Ponente Ministro Marco Aurélio; HC

³⁴ Sobre estas medidas despenalizadoras véase: ADA P. GRINOVER y otros, *Juizados Especiais Criminais, Comentários*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pp. 18 y ss.; Véase: también LUIZ F. GOMES, *Suspensión Condicional del Proceso Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pp. 78 y ss.

74.017-1, CE, Ponente Ministro Octavio Galloti, DJU de 27.09.96, pág. 36.153.

8. EL PRESENTE Y EL FUTURO DEL MODELO CONSENSUAL BRASILEÑO DE JUSTICIA CRIMINAL Y DE LAS PENAS ALTERNATIVAS

8.1. Hasta el momento, disponemos de una sola estadística, desde la vigencia de la Ley n.º 9.099/95: las denuncias ofrecidas (demandas instadas) en el Estado de São Paulo, durante los años de 1994 y 1995, de enero a junio, se calcularon en cerca de las ochenta y cuatro mil. El año de 1996, es decir, después de promulgada la Ley n.º 9.099/95 ese número se redujo a cerca de cuarenta y dos mil. Disminuyó en un 50% la presentación de denuncias. Estas cifras nos permiten afirmar que muchos hechos delictivos que serían objeto del tradicional proceso han llegado a una solución consensuada (art. 74 y 76), o sea, no ingresaron en el sistema clásico. Es sensible, por otra parte, la reducción del movimiento forense, ya sea en primer grado, ya sea en el Tribunal de Alzada Criminal. Se viene notando una clara desburocratización.

8.2. Muchas víctimas que jamás lograron cualquier indemnización en el proceso de conocimiento clásico, ahora salen de los juzgados criminales con su indemnización. Se permitió acercar el infractor a la víctima. Ambos conversan, intercambian impresiones, manifiestan sus puntos de vista. Y con frecuencia el infractor acaba por reconocer «su infracción» y «su víctima». Se busca un diálogo positivo, que propicie conductas socialmente positivas. Esto facilita la resocialización del infractor. El sistema de administración de Justicia está gastando menos para resolver estos conflictos menores. Y actúa de forma rápida (en promedio treinta días después de haberse cometido la infracción el asunto está resuelto). Se acabó la frecuente y escandalosa prescripción en las infracciones menores. Las primeras ventajas del nuevo sistema se pueden constatar fácilmente. Por supuesto, esto no significa garantía absoluta de que se trate de la solución verdadera. Por supuesto, datos más fiables sólo se podrán obtener transcurrido algún tiempo.

8.3. La mayor y mas seria crítica que recibió el nuevo sistema tiene que ver con su eventual inconstitucionalidad, por herir derechos y garantías fundamentales inherentes al clásico «debido proceso legal». Tan pronto la ley fue editada, para dificultar aún más la situación, era posible sustituir la pena de multa consensuada por encarcelamiento. Ahora, con la ley 9.268/96, que prohibió que se convierta cualquier multa en cárcel, esta crítica ya no es tan sólida como lo fue en el inicio. De forma distinta a lo que sostienen los seguidores de esta tesis, pienso que la Ley n.º 9.099/95 creó un «nuevo debido proceso legal» también cercado de garantías, incluso porque ninguna medida despenalizadora se puede aplicar sin el consenso del autor del hecho, consenso que siempre vendrá después de la asistencia jurídica. Los derechos fundamentales coligados con el debido proceso legal fueron pensados para la tutela del individuo frente al Estado. El destinatario natural de estos derechos es, por lo tanto, el individuo. En razón de la «autonomía de su voluntad» no nos parece incorrecto que él deje de ejercitarlos en algunos casos concretos para obtener una respuesta estatal al delito distinta de la que venía tradicionalmente recibiendo, menos estigmatizante y más resocializadora e integradora. No podemos olvidarnos que la no intervención de la respuesta estatal punitiva clásica (la prisión) en los litigios menores significa, en última instancia, respeto a la dignidad humana. Y en la medida en que las medidas despenalizadoras de la transacción (art. 76) y suspensión del proceso (art. 89) no discuten la culpabilidad del agente (incluso porque se encuentran fundamentadas en el «nolo contendere») tampoco corresponde aquí hablar de ofensa al principio de presunción de inocencia.

8.4. De cualquier manera, todavía falta, por ejemplo, valorar el real efecto de las penas alternativas inmediatas en la tan esperada resocialización del infractor. ¿Qué impacto están provocando? ¿Cómo siente el pueblo este nuevo sistema? En particular, ¿cómo lo sienten quienes están implicados en la conciliación? El modelo conciliatorio es suficiente en lo que concierne a la prevención general y especial? Estas y muchas otras preguntas todavía tendrán que ser contestadas. Urge, además, que se instalen efectivamente los Juzgados Especiales Criminales, y que se les otorgue la necesaria competencia y estructura para la efectiva «resolución» (que no se confunde con la mera decisión) de los conflictos penales menores. En estos juzgados se requiere la participación de psicólogos y asistentes sociales, conciliadores y otros auxiliares, bien capacitados, para que

se alcancen no solamente la indemnización de la víctima, sino también y sobre todo la verdadera pacificación social de los conflictos.

8.5. De cualquier manera, una cosa no se puede dejar de reconocer: el modelo consensual criminal en causa es uno de los más audaces del mundo y está en perfecta consonancia con diversos postulados de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y Abuso de Poder (v.g.: fácil acceso de la víctima a la justicia, resarcimiento por parte del infractor, etc.). Esta Declaración fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985 mediante Resolución 40/43. Por sus peculiaridades, es singular. No es abolicionista en el sentido de la doctrina de Hulsman, Mathiesen, Christie, Plack, Faucault y otros. No llega a identificarse totalmente con el «modelo integrador» anglosajón o canadiense (que propugna la desinstitucionalización o reprivatización del conflicto, retirándolo del sistema formal). Sin embargo, no cabe duda de que es un sistema jurídico que finalmente empezó a tomar en serio el principio de intervención mínima del Derecho Penal (en la línea de Baratta, Hassemer, Ferrajoli, Zaffaroni y tantos otros). Es un sistema, en fin, que tiene la pretensión de convertir en realidad una clásica advertencia de Radbruch en el sentido de que no debemos sólo buscar mejorar el Derecho Penal, sino algo mejor que el Derecho Penal.

8.6. Según nuestro modo de ver el tema, tras haber sido hecha una evaluación del nuevo sistema penal (que seguramente será positiva) urge incrementarla, ampliando la posibilidad de transacción penal y de suspensión condicional del proceso, así como el rol de la penalidades y medidas alternativas aplicables. Una vez que está constatada la quiebra de la pena de cárcel, se requiere acoger innumerables penas alternativas, mucho más sanas en términos de resocialización y aplicación humanitaria del Derecho Penal.