

# *Revista* SISTEMA PENAL CRÍTICO

## HACIA UNA APLICACIÓN ANTIAPOROFÓBICA DEL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA<sup>1</sup>

## POR UMA APLICAÇÃO ANTIAPOROFÓBICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

**Leonardo Schmitt de Bem**

*Doctor en Derecho penal por la Università degli Studi di Milano. Doctor en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas por la Universidad de Castilla-La Mancha (Albacete). Maestro en Derecho penal por la Universidad de Coimbra. Profesor de la Universidad Estadual do Mato Grosso do Sul (Brasil).*

**Rodrigo Fuziger**

*Doctor en Gobernanza Global y Estado de Derecho por la Universidad de Salamanca. Doctor en Derecho penal por la Universidad de São Paulo. Maestro en Derecho por la Universidad de São Paulo. Profesor de posgrado de la Universidad Presbiteriana Mackenzie (São Paulo – Brasil).*

---

<sup>1</sup> Artículo realizado en el marco del proyecto «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales», concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España en la convocatoria 2018 de proyectos I+D+i «Retos investigación» para el período 2019-2021 (ref. RTI2018-095155-A-C22), perteneciente al proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal» (ref. RTI2018-095155-B-C21).

Artículo elaborado por miembro del proyecto de cooperación internacional de investigación “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales”. Referencia: RTI2018-095155-A-C22. IP. Demelsa Benito Sánchez. Universidad de Deusto.



## **RESUMEN:**

Este artículo tiene como objetivo demostrar que la retroactividad de la aplicación del acuerdo penal de no persecución penal antes de la vigencia de la «*Lei Anticrime*» (“Ley Anticrimen») es una medida para combatir la selectividad criminal y el hiperencarcelamiento, convirtiéndose en un instrumento de contención de recrudecimiento criminal, un fenómeno potenciado por los cambios derivados de la «*Lei Anticrime*» (13.469/ 2019), que trae una serie de predicciones que contribuyen a un modelo aporofóbico de Derecho penal.

## **ABSTRACT:**

*This paper aims to demonstrate that the retroactivity of the application of the “criminal non-prosecution agreement» to crimes committed before the “Anti-Crime Law” is an important measure to combat criminal selectivity and mass imprisonment, making it an exceptional measure to contain the criminal harshness, a phenomenon that is increased by the modifications from the “Anti-crime Law” (Law 13.469/2019), which brings within it a series of rules that contribute to an aporophobic model of Criminal law.*

## **PALABRAS CLAVE:**

aporofobia; justicia consensuada; selectividad criminal; encarcelamiento masivo

## **KEYWORDS:**

*aprophobia; consensual justice; criminal selectivity; mass imprisonment*

## **SUMARIO:**

1. Introducción; 2. Algunas observaciones sobre el escenario carcelario brasileño; 3. El Acuerdo de no persecución penal (Art. 28-A del Código procesal penal brasileño); 4. Una propuesta de aplicación antiaporofóbica del Acuerdo de no persecución brasileño; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

*Hay muchas maneras de matar.  
Pueden meterte un cuchillo en el vientre.  
Quitarte el pan.  
No curarte de una enfermedad.  
Meterte en una mala vivienda.  
Empujarte hasta el suicidio.  
Torturarte hasta la muerte por medio del trabajo.  
Llevarte a la guerra, etc...  
Sólo pocas de estas cosas están prohibidas en nuestro Estado.*  
Bertolt Brecht<sup>2</sup>

La expresión «aporofobia» es un neologismo con raíces en las palabras griegas *á-poros* (pobre, indefenso) y *fobos* (miedo, aversión). El término fue creado en la década de 1990 por la filósofa y profesora de ética de la Universidad de Valencia, la española Adela CORTINA, para justificar la existencia de una «rechazo a los pobres»<sup>3</sup>. A finales de 2017, el término fue incorporado al Diccionario por la Real Academia Española y, menos de diez días después, fue elegido la palabra del año<sup>4</sup>, superando a competidores como *fake news*, *uber* y *bitcoin*.

No es incorrecto afirmar, y los datos estadísticos son la prueba, de que todas las instituciones criminales - policiales, judiciales y penitenciarias - en Brasil tienen muchos rasgos de aporofobia, ya que la selectividad criminal dirigida a las clases marginadas es una característica estructural del Estado brasileño, con procesos de criminalización primaria y secundaria que demuestran esta dinámica. Considerando que el mantenimiento del orden de las clases sociales se camufla en un intento de mantener el orden público<sup>5</sup>, los más vulnerables económicamente, pertenecientes a los estratos populares y víctimas de sus estereotipos particulares, constituyen la población habitual del sistema penitenciario brasileño.

En Brasil, también en 2017, el mismo año en que el término «aporofobia» se registró en el Diccionario de la Real Academia Española, el Consejo Nacional de la Fiscalía de la República – a través de la Resolución n° 181, capítulo VII – reguló en términos administrativos “acuerdo de no persecución penal”, por el cual la Fiscalía podría no proponer una acusación contra un investigado que formal y detalladamente confesase la práctica de un delito sin violencia o amenaza grave contra personas y con una pena mínima menor que cuatro años.

Dicha propuesta tenía como objetivo central asegurar un mayor dinamismo al sistema penal brasileño, incorporando un instituto de justicia consensual, con características propias de los institutos de *Common law*. Así que, por lo tanto, que la propuesta de la Fiscalía brasileña no tenía el objetivo central de combatir la selectividad criminal en Brasil y, consecuentemente, la aporofobia del sistema penal brasileño.

Sin embargo, si el neologismo es capaz de transformar la realidad social, como lo afirma Adela CORTINA, el acuerdo de no persecución penal, aunque involuntariamente, es capaz de transformar la realidad criminal brasileña, dado que, en un sistema penal extremadamente selectivo, surge una posibilidad de reducir los efectos sociales nocivos de la pena, especialmente la privación de libertad, aliviando las cárceles.

---

<sup>2</sup> BRECHT, Bertolt. *Poemas y canciones*. Traducción de Jesús López Pacheco e Vicente Romano. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 16.

<sup>3</sup> CORTINA ORTS, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, 2017. Sobre el tema, en Brasil, véase: FUZIGER, Rodrigo. *Aporofobia e Sistema Penal: nominando a ignomínia*. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, 2(4), 2019, pp. 11-12.

<sup>4</sup> Por la Fundación del español urgente (Fundéu BBVA).

<sup>5</sup> WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2001, p. 9.

## 2. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL ESCENARIO CARCELARIO BRASILEÑO

No es novedad que la Criminología (en una mirada del *labeling approach*) describe la estigmatización de clases subalternas – que advienen de un sistema penal que busca la perpetuación del *status quo*, por medio del manejo de los marginados y de la tutela al patrimonio individual – en que se ocurre un proceso de etiquetamiento de ciertas parcelas de la población como delincuente o potencialmente delincuente, a partir de criterios arbitrarios (aunque, cuidadosamente estipulados).<sup>6</sup>

Esencial notar que la marginación es un fenómeno central en la formación social establecida, por medio de la exclusión de los procesos de reproducción y de los sistemas socio-culturales. Pero, no se trata de una exclusión total. En ese contexto, surge la necesidad de agencias de control social formal que hagan el manejo de esos individuos marginados, siendo que el instrumento más contundente que se hace disponible a tales agencias es justamente el Derecho penal, lo cual, por tanto, no actúa exclusivamente a partir del hecho delincuente incidiendo sobre su autor, pero sí, sobre una inmensa parcela social estigmatizada como delincuentes en potencia.<sup>7</sup>

Ana Isabel PÉREZ CEPEDA también alerta sobre la utilización del Derecho penal como instrumento de control de las consecuencias del modelo de sociedad acentuadamente desigual. En ese sentido, la autora observa que el incremento de las poblaciones penitenciarias parece responder más a los modos de gestión del deterioro de la situación social que a un incremento de la criminalidad.<sup>8</sup>

Observa Eugenio Raúl ZAFFARONI que la selectividad criminal se da en virtud de estereotipos y recae sobre lo que el autor denomina de “criminalidad grosera”<sup>9</sup> (o aún por comportamiento grosero o trágico), practicada por personas de clases subalternas, sin instrucción para la práctica de delitos más sofisticados, estos que son muy menos susceptibles de caer en las tramas del Derecho penal.

En la misma línea, de acuerdo con Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, la teoría del delito constituye un sistema de filtros reductores de la criminalización secundaria en sí misma selectiva ya que está dirigida a los delitos gruesos (obras toscas de la criminalidad cuya detección es más fácil) ya personas con menor capacidad de acceso al poder político y económico o a los medios de comunicación. Tal selección vulnera el principio de igualdad, pudiéndose constatar grados de peligrosidad del sistema penal, más incisivos en lo que concierne a sujetos en estado de vulnerabilidad.<sup>10</sup>

Las observaciones de los párrafos anteriores son especies de verdades universales sobre la dinámica de la creación y aplicación del Derecho penal, cualquiera que sea el momento o lugar analizado. Sin embargo, estas conclusiones son aún más relevantes en países con: altos niveles de violencia criminal; enormes diferencias económicas entre clases sociales; falta de provisión de derechos sociales en cantidad y calidad mínimamente adecuadas.

---

<sup>6</sup> Los procesos de etiquetamiento ocurren a partir del uso de recursos nominalistas, con la atribución de adjetivos que adhieren y condicionan la percepción del sujeto sobre sí, así como la percepción de la sociedad sobre él. La definición de tales estigmas adviene de una relación entre saber y poder, aún que los saberes que fundamentan las decisiones potestativas sean oriundos de perspectivas anacrónicas, reduccionistas y lastradas en paradigmas etiológicos. Por tal razón, se puede hablar en una “arbitrariedad estipulada” en la deliberación y atribución del etiquetado. Metafóricamente Bruno LEONI relata una anécdota que bien demuestra como la definición del saber queda condicionada a relaciones de poder y viceversa: “Eso acuerda la inteligencia de la respuesta dada por un antiguo pedagogo confuciano a su discípulo divino, un imperador muy joven, cuyo profesor le había preguntado el nombre de algunos animales que habían visto durante un paseo en el campo. El joven imperador contestó: ‘Son carneros’, ‘El hijo de los Cielos está perfectamente correcto’, dijo el pedagogo, educadamente. ‘Apenas debo añadir que ese tipo de carnero se llama normalmente cerdo.’ LEONI, Bruno. *Liberdade e a lei*. Traducción de Diana Nogueira e Rosélis Maria Pereira. Porto Alegre: Ortiz, 1993, p. 45.

<sup>7</sup> Cf. FUZIGER, Rodrigo. *Del libre albedrío a la autodeterminación: hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal*. Salamanca: Ratio Legis, 2020, pp. 326-327.

<sup>8</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Lustel, 2007, p. 38.

<sup>9</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por vulnerabilidad. In: *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A, Buenos Aires, Del Puerto, pp. 325-340, 2003.

<sup>10</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. In: *Revista de derecho (Valdivia)*, v. 18, n. 2, p. 167-185, 2005, p. 177 y ss.

En Brasil, se combinan todos estos elementos, lo que sumado a un intrincado y amplio número de otras variables genera un escenario de hipercarcelamiento que, no solo no logra reducir la violencia criminal, sino que, por el contrario, sirve como motor impulsor de nuevos arreglos criminales, por ejemplo, con el crecimiento de facciones criminales que han surgido en la cárcel y cooptan nuevos miembros dentro de las prisiones.

En los primeros seis meses de 2019, el número total de personas en el sistema penitenciario brasileño era de 758,676<sup>11</sup>. Teniendo en cuenta los requisitos necesarios para la aplicación del acuerdo de no persecución penal (los cuales se expondrá más adelante), es posible estimar, con datos más detallados del INFOPEN 2017<sup>12</sup>, que más de 120 mil segregados podrían beneficiarse.

Sobre este número de 120 mil segregados – que corresponde a aproximadamente el 15% de la población encarcelada en Brasil – es necesario una observación, ya que algunos tipos criminales que componen el porcentaje no son cometidos rutinariamente por personas que carecen de recursos. Si la desigualdad social no genera delincuencia (pensando aquí en el fenómeno criminal desde una perspectiva multifactorial, en lugar de reducirlo a un prisma etiológico de la pobreza como factor criminógeno), sin duda es un factor que aumenta la criminalidad. En este sentido, considerando solo un delito característico de clases marginadas – el delito de hurto (Art. 155 del Código penal brasileño) – cuyo público típico está compuesto por aquellos que sufren “de déficits socioeconómicos en la era del capitalismo de barbarie”<sup>13</sup>, al menos 60,000 prisioneros serían potenciales beneficiarios por acuerdos de no persecución penal.

### **3. EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL (ART. 28-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL BRASILEÑO)**

En 2019, con el surgimiento de la llamada «Ley anticrimen» (13.964/2019), se insertó la posibilidad de un acuerdo de enjuiciamiento no penal en el sistema legal brasileño.<sup>14</sup>

Se reitera que, como pasó con la publicación de la norma administrativa por parte de la Fiscalía en 2017, la principal razón para la inserción del acuerdo de no persecución penal en la ley procesal penal brasileña no es reducir el encarcelamiento, sino dar un mayor dinamismo al sistema penal (o sea, enfocar los esfuerzos en delitos considerado más graves). Sin embargo, independientemente de la *mens legis* que motivó la ley que alberga el instituto, surge una ventana de oportunidad para la reducción de la población carcelaria, con la consecuente disminución del carácter selectivo del sistema penal.

El artículo 28-A del Código procesal penal brasileño establece requisitos objetivos y subjetivos para la celebración del acuerdo. Una vez satisfechos estos requisitos objetivos, aún le correspondería a la Fiscalía evaluar (subjetivamente) la necesidad y la suficiencia del acuerdo para reprobar y prevenir el delito y (objetivamente) si el agente es reincidente o, aunque no lo sea, si existen elementos probatorios que indiquen conducta delictiva habitual, repetida o profesional (art. 28-A, § 2º, II del Código procesal penal brasileño)<sup>15</sup>. Un análisis positivo y negativo de los respectivos requisitos daría lugar así a la

---

<sup>11</sup> Véase el LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Org. MOURA, Marcos Vinicius. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

<sup>12</sup> El INFOPEN es una encuesta con datos del sistema penitenciario brasileño. Cf. INFOPEN. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Brasília (DF): Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

<sup>13</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 22.

<sup>14</sup> La Resolución 181/2017 de la Fiscalía brasileña no tenía un status de ley, sino de norma administrativa.

<sup>15</sup> La reincidencia es un elemento objetivo que, por regla general, prohíbe el acuerdo de no persecución penal. Tal disposición ofende la idea de individualización de la reprimenda del individuo, que también se entiende aquí bajo otro sesgo: la posibilidad o no de aplicar el acuerdo de no persecución como medida de desencarcelamiento. Así, la reincidencia estaría mejor situada dentro del análisis subjetivo de la aplicación del instituto en casos concretos. Excepcionalmente, la ley establece que, incluso si el agente reincide, si “el delito anterior es insignificante”, el acuerdo puede ser ofrecido al agente. Se desconoce el significado de la construcción anterior en comillas, lo que es una clara violación del principio de legalidad. Además de la crítica, interpretando dicha expresión a través de la analogía *in*

propuesta del Acuerdo, al prever condiciones que, de cumplirse, conduzcan a la extinción de la sanción del agente.

Véase lo que dispone el Artículo 28-A del Código procesal penal brasileño:

Art. 28-A. No siendo un caso de sobreseimiento y habiendo el investigado formal y circunstancialmente confesando la práctica del delito sin violencia ni amenaza grave y con una pena mínima menor de 4 (cuatro) años, la Fiscalía podrá proponer un acuerdo de no persecución, siempre que sea necesario y suficiente para reprimir y prevenir delitos, sujeto a las siguientes condiciones ajustadas de forma acumulativa y alternativa:

I - reparar el daño o devolver la cosa a la víctima, salvo en la imposibilidad de hacerlo;

II - Renunciar voluntariamente a bienes y derechos señalados por la Fiscalía como instrumentos, producto o ventajas del delito;

III - Realizar servicios comunales o a entidades públicas por un período correspondiente a la pena mínima impuesta al delito reducida en uno a dos tercios, en lugar que indique el juzgado de ejecución, en forma del art. 46 del Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de diciembre de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestación pecuniaria, que se estipulará en los términos del art. 45 del Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de diciembre de 1940 (Código Penal), a entidad de interés público o social, que será designada por el juzgado de ejecución, cuya función preferente es proteger bienes jurídicos iguales o similares a los aparentemente lesionados por el delito; o

V - Cumplir, por un período determinado, con otra condición que indique la Fiscalía, que sea proporcional y compatible con la infracción penal imputada.

#### **4. UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN ANTIAPOROFÓBICA DEL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN BRASILEÑO**

Una pregunta tormentosa se destaca desde el punto de vista de la comparación entre la aplicación del acuerdo de no persecución penal y la realidad del sistema criminal brasileño: la posibilidad de que dicho instituto se aplique de manera retroactiva, beneficiando a un gran contingente de personas que ya están en el sistema penitenciario, sea como prisioneros provisionales (ya denunciados) o como condenado sin sentencia firme. Según las instrucciones de la Fiscalía brasileña<sup>16</sup>, dicho acuerdo solo se aplicará a los futuros agentes, excluyendo todos los que ya han sido denunciados por delitos cometidos antes de la vigencia de la Ley 13.964/2019. Tal interpretación impide el mecanismo retroactivo, que es legítimo ya que se trata de una nueva ley más beneficiosa (pues, aunque sea una norma en un código procesal, ella contiene elementos de derecho penal material, por lo tanto, es una ley de contenido mixto, sujeta a retroactividad<sup>17</sup>).

Por lo tanto, según la interpretación equivocada de la Fiscalía brasileña<sup>18</sup>, solo a los detenidos en prisión preventiva y sin denuncias recibidas se les podría revisar su situación, reduciendo, así, considerablemente el número de personas que serían contempladas por el excepcional efecto

---

*bonam partem*, véase: MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal: lições fundamentais*, parte geral. 5ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 1255-1256.

<sup>16</sup> «Es válido el acuerdo de no persecución penal por hechos ocurridos antes de la Ley N° 13.964/2019, siempre que no se haya recibido la denuncia» (Recomendación N° 20 de CNPG y GNCCRIM).

<sup>17</sup> Sobre la retroactividad del acuerdo de no persecución penal, véase: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. O respeito à Constituição Federal na Aplicação retroativa do ANPP. En: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Acordo de não persecução penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 127-144.

<sup>18</sup> Sin embargo, tal interpretación restrictiva (que prohíbe la retroactividad del instituto) no debe ser recibida con sorpresa, ya que los institutos despenalizadores son usados en Brasil con gran precaución o, incluso, con desprecio deliberado. En este sentido y, por ejemplo, con respecto al hurto, se ofrecen varias denuncias contra los acusados (o recursos ministeriales cuando el juicio rechaza la denuncia) por la práctica de delitos insignificantes. En un caso reciente, la Corte Suprema Federal reconoció la atipicidad material en un intento de robar chocolates valorados en menos de veinte euros. HC nº 178191/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 019 PÚBLICO 02/03/2020. Y hay aún más casos, como casos de intento de hurto de piezas de salami (valoradas en menos de diez Euros) y una botella de champú (con un valor de menos de 5 Euros).

beneficioso de esta disposición normativa, insertada dentro de un conjunto de cambios legales (la “Ley anticrimen”) que tiene por marca, un aumento notable en el rigor del sistema penal brasileño.<sup>19</sup>

Es necesario analizar si el contenido del Acuerdo de no persecución penal, que está en un código procesal, contiene elementos de derecho penal material y, por lo tanto, estaría albergado por el principio de retroactividad, según el Art. 5º, XL, de la Constitución Federal de Brasil («La ley penal no retroactuará, salvo en beneficio del imputado.») y del Art. 2, párrafo único, del Código Penal brasileño que dispone: «La ley posterior, que de alguna manera favorezca al mandatario, se aplica a los hechos anteriores, aunque decididos mediante sentencia definitiva».

La idea de retroactividad de la ley penal más benigna tiene una posición central en el sistema legal brasileño (así como en los Estados democráticos de Derecho). Esto se debe a que otorga un trato igualitario entre quienes cometen delitos bajo la nueva norma y quienes cometieron delitos antes de que estas reglas estuvieran vigentes. De esta manera, la retroactividad de la norma penal más benigna está en consonancia con el principio de igualdad, previsto en el Art. 5º, I de la Constitución Federal de Brasil (“hombres y mujeres son iguales en derechos y obligaciones bajo esta Constitución;”).

Por otro lado, sobre la irretroactividad de la norma penal más rigurosa (casos de *novatio criminis* o *novatio legis in pejus*), Manuel JAÉN VALLEJO observa que la irretroactividad de la ley penal más severa se basa en la seguridad jurídica necesaria para que las personas conduzcan su conducta social sin ser sorprendidos por el poder-deber punitivo del Estado. La irretroactividad del derecho penal es un brazo operativo del principio de reserva legal, encaminado a orientar a cada persona hacia lo que puede y no puede hacer, así como a saber qué pasa si hace lo que no puede hacer.<sup>20</sup>

Sin embargo, según lo prescrito en el Art. 2, párrafo único, del Código penal brasileño, la irretroactividad tiene excepciones, en hipótesis de *abolitio criminis* o de *novatio legis in melius*. En esta segunda hipótesis, es posible que las reglas procesales (que siguen la regla del *tempus regit actum*) pueden retroagir, si hay alguno elemento de derecho penal material en el contenido de la norma.

En los casos de “normas procesales penales mixtas” o “normas penales con contenido material”, la ley procesal tiene retroactividad en beneficio del imputado. Rodrigo Régner Chemim GUIMARÃES y Fábio André GUARAGNI dan ejemplos de estas especies normativas:

- a) Normas mixtas, que afectan al derecho procesal y al derecho penal: el art. 366, del Código procesal penal brasileño, impide el desarrollo del proceso ante un imputado citado mediante notificación, ausente y sin abogado constituido, coronando el principio de contradicción, al establecer la necesidad conocimiento del contenido de la acusación que es hecho. *Pari passu*, genera efectos criminales, al suspender la fluidez de la prescripción mientras se suspende el desarrollo del evento;
- b) Normas procesales penales con contenido material: aquellas que son procesales, pero que tocan la libertad y otros derechos materiales del imputado, afligidos por el poder punitivo (derecho penal material) directamente, en lugar de reflexiva o indirectamente, por la expansión o restricción de garantías, como ocurre con las normas procesales penales puras. Las normas procesales penales con contenido material terminan limitando o ampliando directamente derechos fundamentales, de carácter material: b.1) la posibilidad de deambulación, afectada por la pena privativa de libertad, así como por las penas restrictivas del derecho a concurrir a lugares o conducir vehículos ; b.2) la disponibilidad de bienes, afectada por multas, beneficios pecuniarios, pérdida de bienes y derechos y b.3) libertad de trabajo, restringida por la prestación de servicios comunales y prohibición temporal del derecho a ejercer cargos públicos y profesión regulada.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Parece inequívoco que tales modificaciones están menos vinculadas a una preocupación por reducir la violencia criminal y más centradas en satisfacer las preocupaciones de la población vinculadas a la lucha contra el crimen (basado en la antigua y falsa fórmula simbólica del derecho penal: aumentar el rigor para reducir los delitos). Sobre el tema, Cf. FUZIGER, Rodrigo. *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 115 e ss.

<sup>20</sup> JAÉN VALLEJO, Manuel. *Principios constitucionales y derecho penal moderno*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 24.

<sup>21</sup> GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. *Acordo de não persecução penal e sucessão*

Siguen los autores, clasificando la norma del Art. 28-A do Código procesal penal brasileño, que trata del Acuerdo de persecución no penal:

Teniendo en cuenta que – una vez cumplido el Acuerdo de no persecución penal – el investigado tendrá declarada extinguida su pena, a pesar de que la norma es de carácter procesal penal, queda claro que su contenido también toca el derecho penal material. Eso porque permite discutir la posibilidad o no de sancionar al sujeto, operando, en su contenido, bajo la clave “punible-no punible”, característica de las normas de carácter material penal. Y, en este paso, amplía el campo de la libertad del acusado. Así, se trata de una norma procesal con contenido material y, en esa medida, debe interpretarse como si se tratara solo de una norma de derecho penal material.<sup>22</sup>

Este entendimiento es compartido aquí. El Acuerdo de no persecución penal es una norma procesal con contenido material y, por lo tanto, está sujeta a retroactividad.

El debate sobre la retroactividad del Acuerdo de no persecución no penal ya llegó a la jurisprudencia de Brasil. En este sentido, existen entendimientos plurales de los tribunales brasileños.

Posición minoritaria de Magistrados considera que el Acuerdo de no persecución penal es una norma puramente procesal y, como tal, de aplicación inmediata y sin efecto retroactivo.<sup>23</sup>

Otra posición, que es mayoritaria, informa que se trata de una norma procesal con contenido material y, por tanto, con efecto retroactivo. Se justifica por el hecho de que el reglamento del Acuerdo de no persecución penal, aunque formalmente insertado en el Código procesal penal brasileño, también se presenta con contenido de derecho material, ya que interfiere directamente con la pretensión punitiva del Estado.<sup>24</sup>

La solución de retroactividad del Acuerdo de no persecución penal involucra diferentes extensiones en las decisiones jurisprudenciales brasileñas. La posición más restrictiva permite retroactivar el beneficio solo para situaciones pasadas en las que aún no se ha recibido la denuncia criminal<sup>25</sup>. Por otro lado, aún existe una solución más amplia, que permite la aplicación del acuerdo de persecución no penal incluso antes de la sentencia<sup>26</sup>.

Todavía, existe la posibilidad de una comprensión aún más amplia de la retroactividad del acuerdo de no persecución penal. Es lo que se defiende en este artículo, como una interpretación antiaporofóbica del acuerdo de no persecución penal, bajo el aspecto de una paridad sustancial de trato entre individuos, con una posición para ampliar el alcance de la retroactividad del Acuerdo de no persecución penal, una vez que no sería racional ofrecer el acuerdo a quien es investigado y negar a quien fue denunciado, condenado, o definitivamente ha sido sentenciado. En este sentido, exponen Leonardo Schmitt DE BEM y João Paulo Orsini MARTINELLI:

Viola la isonomía insistir en la ejecución penal de un determinado agente, especialmente cuando alguien, aún investigado, que ha cometido la misma infracción y se presenta con las mismas

---

temporal de normas processuais penais. En: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. 2ª ed. *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, pp. 168-169.

<sup>22</sup> GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal e sucessão temporal de normas processuais penais, *op. cit.*, p. 170.

<sup>23</sup> Aunque minoritaria, tal posición está acreditada por declaraciones recientes de Ministros del Superior Tribunal de Justicia (STJ). Véase, por ejemplo, las decisiones del Ministro Félix Fischer (HC n. 575324/SP, DJ 06/06/2020), del Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (REsp 1843809/SC, DJ 24/06/2020) y del Ministro Ribeiro Dantas (HC n. 577934/SP, DJ 25/06/2020). Para ellos, el Art. 28-A del Código procesal penal brasileño estaría dotado de aplicación inmediata, sin ninguna hipótesis retroactiva. En estos términos, utilizan la regla del arte. 2º del mismo Código procesal penal, para apoyar el principio de *tempus regit actum*. Cf. DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. O respeito à Constituição Federal na aplicação retroativa do ANPP, *ob. cit.*, p. 128.

<sup>24</sup> “La no persecución, ciertamente, es más benigna que una posible condena penal” (TRF-4 - ACR: 5004135-89.2018.4.04.7016, Rel. João Pedro Gebran Neto, octava clase, DJ 13/05/2020).

<sup>25</sup> (TJ-SC - APR: 0005280-60.2015.8.24.0008, Rel. Carlos Civinski, 1ª Câmara Criminal, DJ 23/04/2020).

<sup>26</sup> (TJ-SC - APR: 0900040-36.2018.8.24.0016, Rel. Luiz Zanini Fornerolli, 4ª Câmara Criminal, DJ 12/03/2020; TJ-PR - APL: 0003311-21.2017.8.16.0183, Rel. Celso Jair Mainardi, 4ª Câmara Criminal, DJ 21/04/2020; TJ-SP - APR: 1526083-13.2019.8.26.0228, Rel. Laerte Marrone, 14ª Câmara de Direito Criminal, DJ 08/05/2020).

características personales, puede gozar de las condiciones pactadas con la Fiscalía. No hay ninguna razón para crear una barrera infranqueable no prevista por el constituyente. Está claro el contenido del artículo XL del art. 5 de la Carta Magna: «La ley penal no retroactuará, salvo en beneficio del imputado». Si prevalece el contenido del derecho sustantivo de la norma procesal, no se puede desvincular de la norma la retroactividad prevista en el propio Código Penal, en el sentido de que ni siquiera la sentencia firme impide la aplicación retroactiva de una ley posterior favorable (art. 2º, párrafo único del Código penal brasileño). Bajo el prisma de ambos artículos, no tiene sentido aplicar el Acuerdo de no persecución penal solo a los procesos en curso, y el Estado también debe brindar el beneficio a los ya condenados definitivamente.<sup>27</sup>

Así, independientemente de la etapa en la que se encuentre el proceso, incluso con una decisión final e inapelable, la retroactividad del Acuerdo de no persecución penal es perfectamente posible y, más que eso, una necesidad ante un sistema penitenciario saturado que promueve las facciones criminales y la reincidencia criminal. Sin dudas, un panorama prisional pernicioso, que contiene a miles de ciudadanos que tienen derecho al Acuerdo de no persecución penal, si aplicado en su correcta dimensión, desde una perspectiva técnica y teleológica.

## 5. CONCLUSIONES

“La ley es como un cuchillo/no ofende a quien lo maneja”<sup>28</sup>. Esos versos toman parte del poema épico argentino intitulado *Martín Fierro* y expresan líricamente el uso del Derecho como instrumento de dominación de clases subalternas e inmunización de las elites, permitiendo el ya mencionado mantenimiento del *status quo*.

Si hay una inequívoca utilización deturpada del Derecho – no como instrumento de consecución de la Justicia (en una visión abstracta y, quizás, ingenua), pero como instrumento de poder y opresión – se puede afirmar que, en específico, el Derecho penal, “es el Derecho desigual por excelencia”.<sup>29</sup>

George RUSCHE y Otto KIRCHHEIMER observan una histórica selectividad en las modalidades de punición, con registros de sociedades que castigaban con multas los más abastados mientras que a los más pobres se les aplicaban penas privativas de libertad y corporales.<sup>30</sup>

Así, el Derecho penal, como regla y más allá de una mirada romántica e ingenua, es un instrumento de potenciación de la aporofobia. De esa forma, es imperioso pensar en mecanismos para combatir una tendencia aporofóbica interna al Derecho penal.

Negar la amplitud del alcance de la retroactividad al acuerdo de no persecución corresponde, sin ningún rubor, a seguir la línea perene de exclusión, confirmando que una masa de prisioneros pobres no es socialmente deseada, potenciando los procesos de (re)marginación y, por lo tanto, elevando el coro de la aporofobia.

Debe aclararse que no solo es irrelevante, sino también nocivo, el argumento de que la retroactividad negativa también afectará al prisionero “no pobre”. Con la aplicación del acuerdo de enjuiciamiento no penal, habrá una reducción global en el encarcelamiento (también contemplando, por ejemplo, corruptos y corruptores, y otros criminosos relacionados a la macrocriminalidad). Si el acuerdo termina beneficiando a la impunidad de personas poderosas, esto ocurrirá de manera residual<sup>31</sup>. Tal afirmación

---

<sup>27</sup> DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. O respeito à Constituição Federal na aplicação retroativa do ANPP, *ob. cit.*, pp. 135-136.

<sup>28</sup> HERNÁNDEZ, José. *Martín Fierro*. Albany: New York University Press, 1967, p. 464.

<sup>29</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Traducción de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 162.

<sup>30</sup> KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. Traducción de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 112.

<sup>31</sup> Didácticamente, en detrimento de la precisión científica, se puede decir con facilidad que por cada sujeto rico que se beneficie del acuerdo de no persecución, también lo serán cientos de sujetos marginados. Pensando en el derecho penal desde principios como la proporcionalidad y la subsidiariedad, la relación descrita anteriormente entre beneficiarios ricos y pobres parece ser más que bienvenida.

es constatable bajo una mirada al perfil del sistema penitenciario brasileño: su abrumadora mayoría está compuesta por personas pobres<sup>32</sup>.

Incluso desde la perspectiva del argumento utilitario y pragmático bajo el cual se concibió el dispositivo, es beneficioso aceptar la retroactividad del acuerdo de no persecución, ya que la ejecución de los acuerdos no solo traerá la posibilidad de que la Fiscalía priorice sus recursos humanos a los delitos más graves, así como promoviendo una economía de gastos, con menos procesos judiciales y menos encarcelamientos.<sup>33</sup>

Así, en un panorama (casi utópico) de un sistema penal racional y justo, la lógica de todo lo que fue expuesto sería absolutamente simple: no se puede mantener segregado a alguien que realizó una conducta insignificante o al borde de la insignificancia porque este sujeto es considerado socialmente insignificante. Por lo tanto, fundamental que um mínimo de esa utopía se materialice, con la aplicación retroactiva del acuerdo de enjuiciamiento no penal, alcanzando así a los marginados (de un sistema selectivo y perverso) de ayer, hoy y mañana.

---

<sup>32</sup> «Los raros arrestos de personas con alto estatus social no alteran la realidad de que los pobres sean los típicos huéspedes de la prisión y se encuentran, en diversas situaciones, provisoriamente detenidos por la práctica de conductas penalmente insignificantes». MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal: lições fundamentais*, parte geral. 5ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 55-56.

<sup>33</sup> Es esencial mencionar que el instituto del acuerdo de no persecución penal puede ser criticado desde varios aspectos. Por ejemplo, bajo la grave previsión de que él será manipulado para forzar acuerdos incluso en casos de inocencia de los sujetos. Sin embargo, a pesar de la relevancia de las críticas, el objetivo de este artículo es pensar exclusivamente en los mecanismos que hacen que dicho instituto sea más inclusivo y apropiado para el sistema penal brasileño.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, Alessandro. 3ª ed. *Criminologia Crítica e crítica do Direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Traducción de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. ISBN 9788571061231.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 22. ISBN 9788571064201.
- BRECHT, Bertolt. *Poemas y canciones*. Traducción de Jesús López Pacheco e Vicente Romano. Madrid: Alianza Editorial, 1996. ISBN 9788420611037.
- COMISSÃO ESPECIAL – GNCCRIM. *Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964: Lei Anticrime*. 2020.
- CORTINA, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, 2017. ISBN 9788449333385.
- DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. 5ª ed. *Direito penal: lições fundamentais, parte geral*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. ISBN 9786550590901.
- O respeito à Constituição Federal na aplicação retroativa do ANPP. En: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. 2ª ed. *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. ISBN 786555890921.
- FUZIGER, Rodrigo. Aporofobia e Sistema Penal: nominando a ignomínia. En: *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, 2(4), 2019. ISSN 26753189.
- Del libre albedrío a la autodeterminación: hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal*. Salamanca: Ratio Legis, 2020. ISBN 9788417836153.
- Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015. ISBN 9788536254807.
- GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal e sucessão temporal de normas processuais penais. En: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. 2ª ed. *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. ISBN 786555890921.
- HERNÁNDEZ, José. *Martín Fierro*. Albany: New York University Press, 1967. ISBN 9780873950268.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. In: *Revista de derecho (Valdivia)*, v. 18, n. 2, p. 167-185, 2005. ISSN 07180950.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. *Principios constitucionales y derecho penal moderno*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999. ISBN 9508942061.
- KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. Traducción de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004. ISBN 9788571063075.
- LEONI, Bruno. *Liberdade e a lei*. Traducción de Diana Nogueira e Rosélis Maria Pereira. Porto Alegre: Ortiz, 1993. ISBN 9780865970960.
- LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Org. MOURA, Marcos Vinicius. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007. ISBN 9788496717411.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2001. ISBN 8535302182.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por vulnerabilidad. In: *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A, Buenos Aires, Del Puerto, pp. 325-340, 2003. ISSN 18509118.