



DOCTRINA PRÁCTICA

Legislación penal y ciencias criminales

*Por una teoría orientadora de los intereses político-criminales**

Marcelo Almeida Ruivo**

Universidad de Coimbra (Portugal)

SUMARIO

1. Introducción.— 2. Desafío científico de las ciencias criminales en la orientación de los poderes públicos.— 3. Formas de evaluación de la proporcionalidad en el derecho penal.— 4. Fundamento y sentido del deber de proporcionalidad.— 5. Los conceptos penales analíticos de los intereses políticos-criminales.— 6. La teoría de la orientación de los intereses político-criminales con base en la proporcionalidad y en los conceptos penales.— 6.1. Adecuación y merecimiento de tutela penal.— 6.2. Necesidad y carencia de tutela penal.— 6.3. Proporcionalidad en sentido estricto y dignidad de la tutela penal.— 7. Conclusiones.— 8. Referencias.

RESUMEN:

El artículo presenta una metodología de orientación y control de los intereses político-criminales basada en una estructura trifásica del deber de proporcionalidad y en los conceptos de merecimiento, carencia y dignidad penal. Se propone un análisis valorativo y finalista a partir de la dogmática del derecho penal y constitucional, para luego realizar una estricta verificación de la utilidad de la ley penal.

Palabras clave: control de constitucionalidad de la ley penal; análisis trifásico de la proporcionalidad; merecimiento, carencia y dignidad penal

ABSTRACT

The article presents a methodology for orientation and control of political-criminal interests based on a triphasic structure of the duty of proportionality and on the concepts of merit, lack and criminal dignity. An evaluative and finalist analysis is proposed from the dogmatics of criminal and constitutional law, to then carry out a strict verification of the usefulness of criminal law.

Keywords: control of constitutionality of criminal law; triphasic analysis of proportionality; merit, lack and criminal dignity

* Traducción a cargo de Luis Armendariz (abogado y exinvestigador visitante en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn) y Andrea Zambrano (bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos).

** Doctor en Ciencias Jurídicas-Penales por la Universidad de Coimbra (Portugal). Profesor del Curso de Doctorado y Maestría en Ciencias Criminales de la PUCRS (Brasil). Profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín y Ferrara (Italia).



Recibido: 22-12-21

Aceptado: 17-1-22

Publicado en línea: 2-6-22



Title: Penal legislation and criminal sciences. For a guiding theory of political-criminal interests

1. Introducción

La teoría de la legislación no ha recibido gran atención de la metodología del derecho contemporáneo (Kaufmann, 2009, pp. 24, 25, 123 y 124), al mismo tiempo, la producción legislativa se ha alejado del conocimiento de las ciencias criminales. Particularmente, el fenómeno criminal tiende a despertar sentimientos y reacciones exageradas¹ —demandando respuestas penales no siempre adecuadas, necesarias ni proporcionales— que influyen en el debate público. En contextos de miedo u odio popular difuso, argumentos de autoridades u opiniones personales prácticas son equiparados a resultados de investigaciones científicas teóricas y empíricas, lo que coloca en peligro la justicia y las libertades del ciudadano.

Algunas demandas políticas por intervención penal en fenómenos altamente complejos², sobre los cuales falta

información científica cualificada, puede resultar en acciones estatales meramente simbólicas en nombre de la seguridad (Albrecht, 2010, p. 3). Existe el peligro constante de que intereses político-criminales arbitrarios se concreten en leyes penales injustas e ineficientes en la retribución del delito y en la prevención de nuevos crímenes³, propias del llamado “populismo punitivo” (Albrecht, 2010, p. 4 y 283). Posteriormente, le es exigido al Poder Judicial resolver problemas sociales más allá de los límites jurídicos o controlar la constitucionalidad de las leyes elaboradas con deficiencias técnicas o falta de elucidación científica de los múltiples intereses político-criminales relativos a la cuestión⁴.

La falta de orientación científica en la producción legislativa acarrea problemas prácticos significativos: 1) peligro del aumento de la ineficiencia de la legislación penal (inadecuada intervención penal)⁵, 2) peligro de la ampliación

1 Ya en 1764, Beccaria (2009) constataba que “las leyes, aunque fueron o debieron ser pactos de los hombres libres, la mayor parte de las veces fueron apenas instrumentos de pasiones de una minoría, o nacieron tan solo de una fortuita y pasajera necesidad” (p. 61).

2 Por ejemplo, grandes daños ambientales, pedofilia, delitos sexuales, informáticos, de odio, prejuicio y de terrorismo.

3 El objetivo sería apenas apaciguar los intereses represivos, aunque a costa de la restricción innecesaria del derecho de libertad y de la intensificación del funcionamiento selectivo del derecho penal.

4 STC, ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio. Dfe 29.4.2013, p. 122 (RTJ 226-01/11)

5 Se entiende al juicio de adecuación diferente

excesiva del ámbito de la intervención penal (innecesaria intervención penal) y 3) peligro de más desventajas sociales que beneficios con la intervención penal (desproporcionalidad de la intervención). En contra de esa situación se presenta una teoría de análisis y control de las propuestas legislativas penales que, a través de la estructura trifásica del deber de proporcionalidad y de los conceptos de merecimiento, carencia y dignidad penal, armoniza los valores y fines de la dogmática del derecho penal y constitucional.

Con eso se pretende contribuir a la orientación científica de la producción legislativa y a la superación de la afirmación de que el control constitucional de la legislación podría vulnerar la división de poderes⁶.

2. Desafío científico de las ciencias criminales en la orientación de los poderes públicos

El ejercicio del poder tiende a la expansión y al arbitrio, por ello, encuentra sus límites legítimos justamente en el confrontamiento con otro poder

al de la utilización tradicional en la dogmática constitucional, que tiende a considerar como adecuado todo medio que abstractamente puede realizar —mínima o poco frecuente— un fin. Se propone un análisis concreto de la verificación empírica de aptitud efectiva de derecho penal al realizar un fin según la criminología, conforme lo desarrollado en el ítem 6.1.

6 En superación de la afirmación de violación de la división de poderes. STF RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenario, 20.08.2015, p. 10.

(Rousseau, 2001, p. 80; Mill, 2008, pp. 6 y 7). El poder penal produjo siglos de injusticia en la Edad Media y en la Edad Moderna preiluminista⁷, recién tuvo limitación por fuerza de los proyectos iluministas de reforma estatal fundada en los principios de racionalidad, proporcionalidad, legalidad y humanidad (Vormbaum, 2011, p. 28; Royer, 1995, pp. 184-187; De Figueiredo Marcos, 2006, p. 134). La legitimidad, los fundamentos y los límites de las actividades legislativa, judicial y ejecutiva fueron ampliamente debatidos en las universidades, academias y círculos intelectuales⁸. En la actual organización, se espera de las universidades una orientación de los poderes públicos, recayendo sobre el científico del derecho la responsabilidad de producir la sabiduría jurídica para el esclarecimiento de los múltiples intereses político-criminales⁹. Los científicos del

7 Se practicó la de “perder la paz” del condenado (Correia, 1977, pp. 10-17), la pena de muerte, penas corporales y excesivamente altas, la tortura, la confusión entre la religión y el derecho (Vormbaum, 2011, p. 25, 26 y 28). En la modernidad francesa preiluminista, se identifican muestras de desproporcionalidad ostensiva orientada por la pretensión de castigo ejemplar, como la *Déclaration royale du 4 mars 1724*, en la cual “el robo (le vol) doméstico será castigado con la muerte” (Laingui y Lebigre, 1979, p. 118). Sobre las injusticias, véase Beccaria (2009, pp. 61 y 62) y Royer (1995, p. 176).

8 Sobre la importancia de las academias para el reconocimiento popular de las ciencias naturales y humanas y para la transformación social en el iluminismo europeo, véase Bödeker (2007, p. 263, 268 y 269).

9 Los múltiples intereses político-criminales deben ser analizados considerando que “el pueblo, por sí mismo, quiere siempre el bien,

derecho deben reconocer los problemas sociales y los valores involucrados, buscando proponer y sistematizar conceptos, principios y finalidades de la justicia criminal en la orientación del funcionamiento de los poderes públicos¹⁰.

IMPORTANTE

La actividad legislativa significa el juzgamiento sobre intereses políticos con base en parámetros naturales, culturales, valorativos, finalísticos, más que una simple elección entre los intereses político-ideológicos. Las reglas previstas en las leyes penales son una previsión de juicios anticipados del Poder Judicial, fundados en juicios previos del legislador, y no solo de meras elecciones legislativas.

Específicamente sobre la relación del Poder Legislativo con los múltiples intereses políticos-criminales, hay dos comprensiones. La primera entiende que el legislador tendría total libertad para realizar una elección político-criminal en la elaboración de las leyes¹¹ cuando no fuera frontalmente discordante con los límites jurídicos procedimentales

y materiales dados por el texto de la Constitución. Así, la ciencia del derecho penal sería “impotente” frente a eventuales cambios en las valoraciones políticas (Jakobs, 1995, p. 885).

La segunda reconoce características y límites ontológicos en la realidad que condiciona a la existencia humana, la organización social y, por consecuencia, la elaboración de los conceptos jurídicos y de la ley. Las leyes humanas no pueden revocar o contrarrestar las leyes naturales si es que se pretenden justas y efectivas, por ejemplo, anular la ley de la gravedad, la ley de la inercia, la ley de la causalidad, el límite temporal de la vida humana, etc. (véase Almeida Ruivo, 2016a, pp. 37-45 y 225-234). La actividad legislativa significa el juzgamiento sobre intereses políticos con base en parámetros naturales, culturales, valorativos, finalísticos, más que una simple elección entre los intereses político-ideológicos. Las reglas previstas en las leyes penales son una previsión de juicios anticipados del Poder Judicial, fundados en juicios previos del legislador, y no solo de meras elecciones legislativas.

Técnicamente hay la posibilidad de identificar la insuficiencia del diagnóstico y del pronóstico de los intereses políticos criminales con relación a la realidad en la que se pretende intervenir¹², por ejemplo: pretender disminuir el número de asesinatos mediante la

mas no siempre lo entiende por sí mismo (Rousseau, 2001, p. 78).

- 10 Ese conocimiento es utilizado posteriormente en el control de constitucionalidad (STF RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, 20.8.2015, pp. 8 y 9).
- 11 Jakobs (1995) entiende que evaluar si la disminución de la libertad ciudadana “tiene que ver con la criminalización innecesaria o la defensa de algo nuclear” sería algo que solo podría hacerse “políticamente y no por la ciencia del derecho penal” (p. 855).

- 12 STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª T, DJe 26.3.2012, p.26; STF, RE 635.659/ SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, DJe 20.8.2015, p. 9

ampliación de la libertad del acceso de armas a la población; evitar el consumo de drogas leves estrictamente por medio de la prohibición de la posesión, en vez de redes de prevención y de desintoxicación de usuarios.

Además de eso, hay límites jurídicos procedimentales y materiales en la producción legislativa¹³. La producción legislativa debe enjuiciar sobre la mejor política pública de cuidado de los problemas sociales, en concretización de los fundamentos de la República Federativa de Brasil (art. 1 de la CF), de los objetivos fundamentales (art. 3 de la CF) y de los derechos individuales y colectivos (arts. 5 al 12 de la CF). El sobrepasar (por parte del legislador) los límites ontológicos crea los peligros de ineficiencia e injusticia de la legislación, a la vez que sobrepasar los límites jurídicos ocasiona los peligros de la invalidez e injusticia.

Las ciencias criminales deben ofrecer referencias empíricas y científicas de la criminología, del derecho penal y de la política criminal a fin de validar y orientar los intereses político-criminales de las propuestas legislativas (véase Almeida Ruivo, 2017, p. 329; Becerra Muñoz, 2016, p. 145). La criminología puede contribuir empírico-culturalmente al entendimiento de las características del conflicto social y de la forma de funcionamiento del sistema jurídico con relación al problema. El derecho penal indica los presupuestos, fundamentos,

etapas y límites de la intervención penal que se concretizan en juicios de merecimiento, carencia y dignidad penal (Almeida Ruivo, 2011, pp. 40, 43, 44 y 47). La política criminal puede ofrecer un mejor esclarecimiento acerca de las “estrategias prácticas de tratamiento de significativos conflictos sociales” considerando los “principios fundamentales, los conceptos y la narrativa de los fenómenos oriundos de la criminología y del derecho penal” (Almeida Ruivo, 2017, p. 329).

La obligación de fundamentar las propuestas legislativas es un medio muy importante para la evaluación racional y el control de la calidad de las propuestas políticas y penales.

3. Formas de evaluación de la proporcionalidad en el derecho penal

Las formas de evaluación de la proporcionalidad en el derecho penal son tres. La primera es la más conocida, se trata de la forma clásica introducida por el iluminismo penal (Filangieri, 2003, pp. 190, 225 y 226; Montesquieu, 1979, pp. 329, 184-186; Royer, 1995, p. 176). Consiste en la evaluación valorativa de la proporción entre el crimen y la pena (por ejemplo, Carrara, 1924, p. 81; Hart, 2009, p. 25; Palazzo, 2016, pp. 29 y 30)¹⁴, que posee una dimensión

13 STF, RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, DJe 20.8.2015, pp. 6 y 7.

14 La teoría del derecho penal desarrolla también décadas y décadas de estudio de los criterios de evaluación valorativa de lo que consiste el “uso moderado de los medios necesarios” para repeler una injusta agresión en la legítima defensa del art. 25 del CP.

concreta y una dimensión abstracta. La dimensión concreta hace referencia a la proporción entre el desvalor o la reprobación del hecho juzgado (la culpabilidad del autor) y la pena aplicada al autor del hecho en la sentencia. La dimensión abstracta cuida la proporción entre la conducta incriminada y la previsión abstracta de la pena mínima y máxima en el marco penal (proporción interna del tipo penal). Esa es la referencia del legislador para la proporción entre los diversos marcos penales de crímenes del ordenamiento penal (proporción externa de los tipos penales)¹⁵.

Es posible identificar ejemplos de desproporcionalidad de las penas abstractas previstas en el Código Penal brasileño. Primero, el concurso de personas cualifica el robo (art. 155, § 4, IV, del CP)¹⁶, delito contra el patrimonio, y solo agrava (art. 62 del CP)¹⁷ una le-

sión corporal (art. 29 del CP)¹⁸, delito contra la integridad física, haciendo que las penas mínimas y máximas del crimen contra el patrimonio sean injustificadamente mayores que las del delito contra la integridad física. Segundo, una lesión corporal en situación de violencia corporal (art. 129, § 9, del CP)¹⁹ prevé un marco penal menor que el del hurto simple (art. 155 del CP)²⁰, de modo que la lesión al bien jurídico más relevante prevé pena mínima cuatro veces menor y la pena máxima un año menor.

Los criterios comparativos entre las previsiones de los marcos penales de los delitos en la legislación son el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado, razón por la cual es legítimo punir más gravemente el homicidio doloso que el culposo, incluso ante el mismo desvalor del resultado ofensivo. Actualmente, el deber de proporción entre la pena y el hecho criminal es el límite máximo de la pena criminal en la retribución del hecho, mas no significa una rigurosa exigencia imperativa de punición en la

15 La proporción externa entre crímenes con desvalor de la conducta y del resultado comparables es lo que De Faria Costa (2007) denomina como “teoria da perequação” (p. 58).

16 “Art. 155. Sustraer, para sí o para otro, cosa ajena móvil [...] Hurto cualificado § 4- La pena es de reclusión de dos a ocho años, y multa, si el delito es cometido: [...] IV. mediante concurso de dos o más personas”.

17 “Art. 62. La pena será agravada en relación al agente que: I. promueve u organiza la cooperación en el crimen o dirige la actividad de los demás agentes; II. coacciona o induce a otro a la ejecución material del crimen; III. instiga o determina a cometer el crimen a alguien sujeto a su autoridad o no punible en virtud de su condición o cualidad personal; IV. ejecuta el crimen o participa mediante pago o promesa de recompensa”.

18 “Art. 129. Dañar la integridad corporal o la salud de otro:

Pena: detención, de tres meses a un año”.

19 “Art. 129. Dañar la integridad corporal o la salud de otro: [...] 9. Si la lesión fue realizada contra el ascendiente, descendiente, hermano, cónyuge o compañero, o con quien conviva o haya convivido, o aun el agente se mantenga de las relaciones domésticas, de cohabitación o de hospitalidad: Pena: detención de 3 (tres) meses a 3 (tres) años”.

20 “Art. 155. Sustraer, para sí o para otro, cosa ajena móvil: Pena: reclusión de uno a cuatro años y multa”.

misma dimensión del hecho realizado²¹. La retribución es solo el fundamento de la pena criminal, es decir, el primero de los cuatro elementos de la teoría de la pena, el castigo debe observar los otros tres elementos con sus respectivas cuestiones: finalidades (¿para qué castigar?), tipo de pena (¿cómo castigar?) y punibilidad (¿cuándo castigar?) (Almeida Ruivo, 2016b, pp. 165 y 185). Por lo tanto, un análisis resultante de los tres otros elementos puede acarrear la disminución o la eximente del castigo (Almeida Ruivo, 2016b, pp. 171 y 172).

La segunda forma hace referencia a la evaluación finalística de la proporcionalidad desarrollada en las últimas décadas y propone un análisis teleológico de la “relación de causalidad entre dos elementos empíricamente discernibles, un medio y un fin” (Ávila, 2015, p. 205). Para eso la dogmática del derecho constitucional ofrece tres niveles sucesivos de análisis de las finalidades legales. Es una metodología de control eminentemente de utilidad práctica de la ley penal que pretende controlar si la norma es adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto al fin práctico que motivó su proposición.

21 La actual retribución de la culpabilidad del autor del hecho no es retribución talional idéntica que encuentra impedimentos fácticos y jurídicos. El impedimento fáctico hace referencia a la imposibilidad de castigo talional idéntico del doble o múltiple homicidio. La imposibilidad jurídica ocurre en los ordenamientos que no prevén la pena de muerte para el crimen de homicidio.

¿SABÍA USTED QUE?

La dogmática penal ha enfrentado el problema de la criminalización de conductas por medio de dos conceptos: la necesidad de la pena y la dignidad penal del comportamiento. El análisis de los intereses criminalizadores considerando apenas dos criterios es insuficiente para su evaluación y orientación. Es posible ganar mayor exactitud con tres niveles penales sucesivos, correspondientes a los tradicionales niveles de la dogmática del derecho constitucional: 1) merecimiento de protección penal; 2) carencia o necesidad de protección penal, y 3) dignidad de protección penal.

Una tercera forma se funda en la evaluación valorativa y finalística, que aprovecha los conceptos y criterios valorativos clásicos del derecho penal en aproximación a la dogmática constitucional (véase Almeida Ruivo, 2011, pp. 37-54). Así perfecciona el análisis finalístico de la utilidad práctica de la relación causal entre medio y fin legal del derecho constitucional con la introducción de los conceptos valorativos específicos del derecho penal. Es la verificación práctica de las finalidades legales con una evaluación valorativa legal, por medio de la metodología capaz de satisfacer las particularidades históricas y metodológicas de las dogmáticas del derecho constitucional y penal²². En

22 Sobre las diferencias en el entendimiento de la proporcionalidad entre la dogmática del derecho público en general y el derecho penal

última instancia, toda finalidad recibe la calificación de positiva o negativa del acuerdo con una relación mantenida con algún valor reconocido por el derecho penal. Se observa la proporción entre la culpabilidad (reprobación del condenado) y la pena, así como se verifica la utilidad práctica de la norma penal considerando elementos valorativos materiales. Es la metodología de esa orientación de los intereses político-criminales que se pretende exponer teóricamente.

4. Fundamento y sentido del deber de proporcionalidad

El desarrollo de la personalidad y de la libertad individual es inevitablemente limitado en sociedad²³, razón por la cual son necesarios la identificación y el estudio de los límites jurídicos del derecho de libertad. La protección del libre desarrollo de la personalidad y de la libertad individual ocurre por medio de la restricción de la libertad de otros, pues el derecho penal funciona por medio de la protección de los bienes jurídicos restringiendo igualmente bienes jurídicos. La matriz de la intervención penal justa se sitúa en la proporción equilibrada de los polos del binomio libertad-seguridad²⁴.

específico, véase Gama de Magalhães Gomes (2003, pp. 79-81).

23 Supremo Tribunal Federal (STF), RE 635.659/SP, Relator Min. Gilmar Medes, Plenário, DJe 20.8.2015, p. 36.

24 Beccaria (2009) presupone ese equilibrio cuando se refiere a la percepción de necesidad de leyes por hombres que tenían “una libertad tornada inútil por la incertidumbre de ser con-

Una noción de proporción — situada en el núcleo del deber de proporcionalidad²⁵— es una adquisición analítica del patrimonio cultural de la humanidad. En el Código de Hammurabi, rey de la primera dinastía del Imperio Babilónico (Harper, 1904, p. XI), se hallaba una expresión de la llamada Ley del Talión, conocida por la máxima del “ojo por ojo, diente por diente”. Si esa reconocida máxima de proporción parece excesiva en la actualidad, no se puede olvidar que fue una ganancia histórica en la preservación de las relaciones sociales y el impedimento de que el castigo fuese vengativo, excediendo la agresión realizada. Es también la mejor referencia punitiva para la prevención de crímenes, pues refuerza la igualdad entre los involucrados sin distinguir ricos y pobres (Drapkin, 1985, p. 614). Así mismo, se identifican casos de exigencia de proporción fáctica que se muestran exagerados contemporáneamente, por ejemplo, si el colapso de una casa mal construida causaba la muerte del hijo del dueño de la casa, entonces el hijo

servada” y “sacrificaba parte de ella para gozar lo restante con seguridad y tranquilidad” (p. 63). Rousseau (2001), a partir de una noción de “ley como voluntad general”, afirma que es “posible ser libre y sujeto a las leyes, ya que ellas son solo registro de nuestras voluntades (pp. 77 y 81).

25 Sin una noción de proporción, no se puede comparar grados de adecuación de diferentes medios determinados para el cumplimiento de un fin pretendido y ni siquiera si los mismos beneficios o ventajas del fin superan las pérdidas o desventajas derivadas del mismo medio.

del constructor será condenado a muerte (§ 230)²⁶.

El derecho hebreo, siguiendo el estilo narrativo semejante y parte de las orientaciones del principio talional del derecho babilónico (Drapkin, 1985, p. 613), avanza en la humanización penal con una propuesta de atenuación de las penas, sobre todo con relación a la pena de muerte²⁷.

En el periodo talmúdico se inicia una distinción entre castigo talional “idéntico” —por ejemplo, ojo por ojo, que impedía el retiro de la visión de un ojo de un ciego que habría retirado los dos ojos de la víctima— y “equivalente” —por ejemplo, que se proponga una compensación monetaria restaurativa del daño causado— (Drapkin, 1985, p. 614). El caso de la pena de muerte para el hijo del constructor de la casa

cuyo colapso mató al hijo del propietario brinda otra solución diferente de la sección 230 del Código de Hammurabi. En el antiguo testamento consta el principio de la personalidad de la pena, según el cual “los padres no serán matados en lugar de los hijos, ni los hijos en lugar de los padres; cada uno morirá por su propio pecado” (Deuteronomio 24:16).

En el humanismo penal del siglo XVIII se teorizó sobre la necesidad de la legislación en general y se consolidó el principio de intervención penal estrictamente necesario, o sea, una ley penal no puede ser vulgarizada, sino utilizada solamente cuando es indispensable. Rousseau (2001) destacó la “necesidad de un legislador” como alguien capaz de unir entendimientos y voluntades en la sociedad, posibilitando el “exacto concurso de las partes y, finalmente, la mayor fuerza del todo” sobre la voluntad del príncipe y de unos pocos individuos (p. 79). Filangieri (2003) señala que la pena es indispensable para la seguridad obtenida con una igual “observancia de la ley” por todos (pp. 189 y 190).

Montesquieu (1979), respecto a “los medios naturales de cambiar las costumbres y maneras de una nación”, afirmó que “toda pena que no deriva de la necesidad, es tiránica” (pp. 467 y 468). Eso es una conclusión que parte del principio de que “una ley no es un puro acto de poder”, por lo tanto “las cosas indiferentes a su naturaleza no son de su ámbito” (p. 468). Beccaria (2009) desarrolla la enseñanza de que “toda

26 El “§ 230 If it cause the death of a son of the owner of the house, they shall put to death a son of that builder”. Se refiere al derrumbe de la casa mal construida por el constructor del § 229 “If a builder build a house for a man and do not make its construction firm, and the house which he has built collapse and cause the death of the owner of the house, that builder shall be put to death” (Harper, 1904, p. 81).

27 Es el ejemplo del delito de hurto de la propiedad del templo que preveía la pena de muerte, en el Código de Hamurabi “§ 6. If a man steal the property of a god (temple) or palace, that man shall be put to death; and he who receives from his hand the stolen (property) shall also be put to death” (Harper, 1904, p. 18), y la reparación según el derecho hebreo, previsto en el antiguo testamento: “Si alguien robar un buey, o una oveja, e lo tortura o lo vende, tendrá que restituir cinco bueyes por el buey, y cuatro ovejas por la oveja” (Éxodo 22:1).

pena que no deriva de la absoluta necesidad —dice el gran Montesquieu— es tiránica”, comprendiendo que el fundamento del soberano al castigar los delitos es la “necesidad de defender la cuota de bienestar público de las usurpaciones particulares” (p. 64).

IMPORTANTE

En la elaboración del proyecto de ley es necesario verificar el diagnóstico del fenómeno y el pronóstico legislativo, sobre la base de la experiencia del derecho comparado o, sobre todo, de fenómenos sociales muy similares. Después del inicio de la vigencia de la legislación, la verificación se vuelve a efectos prácticos producidos en el funcionamiento del sistema penal. Caso contrario, en una evaluación meramente lógico-abstracta bastaría con que la ley penal fuera hipotéticamente capaz de desalentar la práctica de la conducta de un único ciudadano para que la intervención penal siempre fuese adecuada.

El fundamento del deber de proporcionalidad proviene del Estado democrático de derecho (Bonavides, 1994, p. 281; Gama de Magalhães Gomes, 2003, pp. 63, 64 y 75; Feldens, 2005, p. 159, nota 252)²⁸ y de la necesidad de ponderación entre los derechos fundamentales en colisión

28 Sarlet (2009) refiere a la veda del exceso de poder (p. 396). Sobre los orígenes y la historia de la afirmación de la proporcionalidad en el derecho constitucional brasileño, véase Laurentis, 2017, p. 101 y ss.

(Alexy, 1997, p. 112; Da Silva, 2002, pp. 43 y 44; Reale, 2004, p. 31; Adamy, 2011, p. 176; Prieto del Pino, 2016, pp. 279 y 280)²⁹. Además, la Constitución Federal de Brasil prevé expresamente el criterio de la proporción como límite, por ejemplo, en la individualización de la pena, en el deber de reparar el daño y el perjuicio de bienes en el límite del valor heredado por los sucesores (art. 5, XLV, de la CF)³⁰, en el derecho de “respuesta proporcional al agravio” (art. 5, V, de la CF)³¹, una “representación proporcional de los partidos o bloques parlamentarios” en las mesas y comisiones de las casas del Congreso nacional (art. 58, 1, de la CF)³², distribución de las cuotas

29 Además, Cirino dos Santos (2006) lo presenta como un principio “implícito en el art. 5, *caput*, de Constitución de la República” (p. 27). Reale (2004) agrega el principio de la proporcionalidad como presupuesto del objetivo fundamental republicano de construir una “sociedad justa”, previsto en el art. 3, I, da CF (p. 32).

30 “Art. 5. [...] XLV ninguna pena pasará de la persona del condenado, pudiendo la obligación de reparar el daño y la decretación del perjuicio de bienestar, en los términos de la ley, extendidas a los sucesores y contra ellos ejecutadas, hasta el límite del valor del patrimonio transferido”.

31 “Art. 5. [...] V. es asegurado el derecho de respuesta, proporcional al agravio, además de la indemnización por daño material, moral, o a la imagen”.

32 “Art. 58. El Congreso Nacional y sus Casas tendrán comisiones permanentes y temporales, constituidas en la forma y con las atribuciones previstas en su reglamento o en el acto de que resulte su creación. § 1 En la constitución de las Mesas y de cada Comisión, asegurada, en la medida de lo posible, la representación proporcional de los partidos o de los bloques parlamentarios que participan

de la contribución social del salario-educación proporcional al número de alumnos matriculados (art. 212, § 6)³³. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 fijó, además de la anterioridad de la ley penal (Konder Comparato, 2003, p. 147), la necesidad de la intervención penal con la redacción “la ley solo puede establecer penas estrictamente y evidentemente necesarias” (art. 8 de la DDHC).

En el derecho extranjero, la Constitución portuguesa incluye los criterios de la necesidad de la restricción legal de derechos fundamentales solo “para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos” (art. 18, 2, de la CRP)³⁴ como fundamento legal del principio de proporcionalidad indicado por la doctrina (Ferreira da Cunha, 1995, pp. 201, 211 y ss.; Taipa de Carvalho, 2008, p. 52; Dias Silva, 2009, p. 564; De Figueiredo Dias, 2011, p. 446; Soares de Albergaria, 2012, pp. 255 y 260; De Faria Costa, 2015, pp. 115 y 173; Abrahão, 2017, p. 186). En el derecho europeo, el art. 2 de la Convención Europea de los De-

rechos Humanos de 1950 garantiza el derecho a la vida de cualquier persona, previendo las excepciones de pena de muerte cuando esté prevista en la ley, y la muerte resultante del uso de la fuerza como “hecho absolutamente necesario” en tres hipótesis taxativas (art. 2)³⁵.

5. Los conceptos penales analíticos de los intereses político-criminales

La dogmática penal ha enfrentado el problema de la criminalización de conductas por medio de dos conceptos: la necesidad de la pena y la dignidad penal del comportamiento (Jescheck y Weigend, 1996, p. 51; De Figueiredo Dias, 2007, p. 669). El análisis de los intereses criminalizadores considerando apenas dos criterios es insuficiente para su evaluación y orientación. Es posible ganar mayor exactitud con tres niveles penales sucesivos, correspondientes a los tradicionales niveles de la dogmática del derecho constitucional: 1) merecimiento de protección penal; 2) carencia o necesidad de protección penal, y 3) dignidad de protección penal.

en la respectiva Casa”.

33 “Art. 212. [...] § 6 Las cuotas estatales y municipales de la recaudación de la contribución social del salario-educación serán distribuidas proporcionalmente al número de alumnos matriculados en la educación básica en las respectivas redes públicas de enseñanza”.

34 “Art. 18.- Fuerza jurídica [...] 2. La ley solo puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución, y las restricciones se limitarán a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos”.

35 “Art. 2. Derecho a la vida 1. El derecho de cualquier persona a la vida y protección por la ley. [...]”

2. No habrá violación del presente artículo cuando la muerte resulte del recurso de la fuerza, siendo absolutamente necesario: a) para asegurar la defensa de cualquier persona contra una agresión ilegítima; b) para efectuar una detención legal o para impedir la evasión de una persona detenida legalmente; c) para reprimir, en conformidad con la ley, una revuelta o una insurrección”.

- 1) *El merecimiento de protección penal es el primer nivel de verificación de reconocimiento jurídico-axiológico de valor.* Específicamente investiga el reconocimiento constitucional expreso o implícito como valores aptos a recibir tutela penal. No todos los valores sociales relevantes son reconocidos como merecedores de protección —aun cuando ello está expreso en la Constitución— en la subsidiaria y fragmentaria intervención penal (*ultima ratio legis*), por ejemplo, amistad, amor, educación, buena cultura, deporte, ocio. El merecimiento de la tutela penal se refiere al reconocimiento del valor como bien jurídico, sin indicar algo sobre la eventual carencia o necesidad de la intervención penal, pues “no todo aquel que es merecedor de algo necesita de eso” (Almeida Ruivo, 2011, p. 45).
- 2) *La carencia o necesidad de protección penal es la exigencia específica de tutela penal del valor empíricamente comprobado.* Es un análisis que tiene en cuenta las prácticas sociales relacionadas al valor de las condiciones del derecho penal para ofrecer protección jurídica. La carencia de intervención penal se da cuando se comprueba que otras disciplinas menos lesivas del ordenamiento no son suficientes para la protección del valor (subsidiariedad del derecho penal) (Kindhäuser, 2009, p. 37; De Faria Costa, 2015, p. 173). Igualmente, no quiere decir que un valor
- carezca de protección penal frente a todos los tipos de agresión, en particular, de daño y de peligro de daño (fragmentación del derecho penal). La verificación de la necesidad de tutela penal es consecuencia de la garantía de la seguridad jurídica de que solo tendrá lugar la intervención en la libertad cuando la ley es absolutamente necesaria (art. 5, XXXVI y XXXIX, de la CF; art. 2, párrafo único, del CP) para prevenir y sancionar conductas causantes de lesión o puesta en peligro del bien jurídico (art. 13 del CP). La necesidad de tutela penal está concretada en la legislación penal, específicamente en la afirmación de la impunidad del “ajuste, la determinación o instigación y la ayuda” de conducta que no llega a ser tentada (art. 31 del CP) y del intento de contravención penal (art. 4 de la LCP).
- 3) *La dignidad penal es la última etapa de verificación, en el sentido de la eventual criminalización de una conducta que reúne informaciones de los dos últimos análisis anteriores*³⁶. Se trata del análisis de la dignidad jurídica del bien concedida por la protección penal del valor, teniendo

36 Entiendo la dignidad penal como primera etapa de análisis de la incriminación como sinónimo del aquí entendido merecimiento de pena, en Brasil, De Souza, 2004, pp. 137-162, siguiendo a Andrade (1992, pp. 173-205). Sobre las ventajas de entender la dignidad penal como un concepto de llegada que reúne diversos criterios, véase Almeida Ruivo (2011, p. 45).

do en cuenta el reconocimiento jurídico del desvalor social de la conducta prohibida y la pena prevista en abstracto. Aquí es donde se asigna actualmente la forma clásica de evaluación de la proporción entre conducta prohibida y la pena prevista. La dignidad penal es el análisis del “equilibrio de la positivización dada por la legislación” o el “reconocimiento del grado de dignidad conferido por la ley penal” (Almeida Ruivo, 2011, p. 45). La evaluación de la dignidad penal reúne diversas orientaciones legales sobre la parte objetiva de la conducta, en relación con la graduación de la ofensa al bien jurídico (art. 98, I, de la CF; arts. 14 y 16 del CP), y subjetiva, en relación con la prohibición solo excepcional de la conducta culposa (art. 18, párrafo único, del CP).

La dignidad penal considera niveles de tutela penal de los bienes jurídicos, considerando que no todos los bienes tienen una dignidad de tutela tan amplia como la ofrecida al bien jurídico “vida”, por ejemplo, protección contra la ofensa de daño doloso (art. 121, *caput*, del CP), de daño culposo (art. 121, § 3, del CP), de peligro de daño doloso (art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, del CP).

Hay bienes protegidos solamente ante ofensas dolosas de daño, por ejemplo, el honor (arts. 138, 139, 140), la privacidad del domicilio (art. 150 del CP), la verdad y transparencia y el patrimonio en el

sistema financiero (art. 4, *caput*, de la Ley N.º 7492/86). Estos bienes hasta podrían eventualmente carecer de tutela penal ante ofensas culposas, pero el derecho, considerando el exceso de la intervención penal, no lo hace.

6. La teoría de la orientación de los intereses político-criminales con base en la proporcionalidad y en los conceptos penales

6.1. Adecuación y merecimiento de tutela penal

La adecuación de la intervención penal tiene como pregunta fundamental si la ley penal es apta para la obtención de un determinado resultado práctico esperado. La verificación de la adecuación penal es guiada por el conocimiento valorativo y empírico de las ciencias criminales. El derecho penal es la disciplina jurídica más interventora en los derechos fundamentales del ciudadano y de mayor reprobación ético-jurídica ante la violación del mandamiento normativo. La pena criminal puede incluso significar, en términos prácticos, menor intervención en los derechos fundamentales que lo posibilitado en otras disciplinas del derecho —por ejemplo, multa tributaria, sanciones administrativas, indemnizaciones civiles—, pero siempre lleva consigo el juicio más grave de reprobación jurídica. También por ello, no se puede exigir del derecho penal respuestas satisfactorias en hipótesis en las que es inadecuado o descalificado para intervenir según sus fundamentos,

reglas, principios y conceptos fundamentales solo porque otras disciplinas jurídicas fallan.

El examen de la “relación empírica entre el medio y el fin”, en la evaluación de si el medio “lleva a la realización del fin” (Ávila, 2015, p. 208), puede resultar vacío en derecho penal si no se estudia la adecuación de modo efectivamente empírico a partir del conocimiento de las ciencias penales³⁷. En la elaboración del proyecto de ley es necesario verificar el diagnóstico del fenómeno y el pronóstico legislativo, sobre la base de la experiencia del derecho comparado³⁸ o, sobre todo, de fenómenos sociales muy similares. Después del inicio de la vigencia de la legislación, la verificación se vuelve a efectos prácticos producidos en el funcionamiento del sistema penal. Caso contrario, en una evaluación meramente lógico-abstracta—independiente de la frecuencia y la calidad del resultado³⁹—bastaría con que la ley penal fuera hipotéticamente capaz de desalentar la práctica de la conducta de un único ciu-

dadano para que la intervención penal siempre fuese adecuada.

IMPORTANTE

No hay definición constitucional de conceptos fundamentales para la criminalización que son propios del derecho penal, por ejemplo: 1) la descripción exacta de las características de la conducta que debe ser criminalizada (art. 236, 1, de la CF, responsabilidad penal de los notarios); 2) la identificación de los valores específicos a ser protegidos entre áreas u órdenes de valores, por ejemplo, la flora y fauna, con relación al medioambiente (art. 225, 3, de la CF), el patrimonio, con relación al sistema financiero (art. 173, 5, de la CF); 3) la definición de la técnica de tutela que debe ser emprendida legislativamente en la protección del bien jurídico; 4) la prohibición de la eventual modalidad culposa de la conducta; 5) la clase y cuantía de pena prevista en abstracto. Todas esas son cuestiones específicas de un análisis de proporcionalidad en sentido estricto y dignidad de tutela penal a ser concedida.

La potencialización de la verificación empírica de la adecuación penal anticipa para el juicio de adecuación cuestiones tradicionalmente tratadas por el derecho constitucional recién en la necesidad de protección penal. Cuestiones como las abordadas en el segundo momento de la evaluación de la proporcionalidad, aun cuando son iguales o más propiamente problemas de adecuación o merecimiento que de necesidad o carencia de protección penal.

37 En ese sentido, el Tribunal Constitucional alemán, en la segunda decisión sobre los límites del aborto en 1993, exigió la “protección adecuada” y “eficiente” del bien jurídico, fundada en “cuidadosas averiguaciones de hechos y evaluaciones racionalmente sustentables” y, por tanto, no afirmó que la tutela jurídica necesite ser penal (Schwabe, 2005, p. 280).

38 Sobre la política criminal comparada y la evaluación *ex ante* de la política criminal, véase Becerra Muñoz, 2016, p. 144 y 162-164.

39 Existe el peligro de presunción de mayor grado de eficacia del derecho penal ante la falta de datos empíricos (Prieto del Pino, 2016, p. 304).

Hay reconocidos ejemplos históricos de inadecuación de la intervención penal con relación a los resultados pretendidos, por ejemplo, la abolición de la criminalización de la tentativa de suicidio en Inglaterra, por considerarse que la ley penal se mostró incapaz de cambiar las intenciones del potencial suicida. En Brasil, se tiene la abolición penal del crimen de adulterio (art. 240 del CP) que tutelaba penalmente la “honra conyugal” (Viveiros de Castro, 1942, pp. 39, 47 y 253). La doctrina ya contestaba históricamente la “eficacia de la ley para reprimir el adulterio”, considerando que “no es el Código Penal la garantía de la honra conyugal” (Viveiros de Castro, 1942, p. 47). Se ve que la verificación histórica de la inadecuación del derecho penal se encuentra en conjunto con la evaluación contemporánea del desmerecimiento de la protección penal de la honra conyugal⁴⁰.

La jurisprudencia constitucional brasileña reconoce la inadecuación de la criminalización de “meras infracciones administrativas, las cuales no tienen actitud para producir, si quiera potencialmente, cualquier peligro en concreto para el bien jurídico”⁴¹. Se entiende inadecuada para la protección del bien jurídico la criminalización de conductas

que “apenas de forma excepcional pueden dar lugar a tal peligro”⁴².

Actualmente, existe un debate político en torno a la adecuación del derecho penal con relación a dos fenómenos con significativas referencias científicas, legislativas y jurisprudenciales internacionales, que orientan la reducción del ámbito de intervención penal.

La inadecuación de la criminalización del uso de drogas para prevenir el uso por parte de tóxico-dependientes. En Portugal se constató la inadecuación en el control del uso de drogas con base en el sistema de “criminalización total” porque incluso con la amenaza de la pena de prisión no se consiguió disminuir la estadística de usuarios (Neves da Cunha Lima Espírito Santo, 2014, pp. 7 y 8). Se trata de un cambio en la comprensión del problema, que pasó a ser cuidado como cuestión de salud pública y, por tanto, como ilícito de mera ordenación social⁴³ y no ilícito penal, ya que la conducta compulsiva de uso de las drogas exige tratamiento médico y no penal (Neves da Cunha Lima Espírito Santo, 2014, pp. 7, 9 y 16). Los datos recogidos entre la descriminalización del 2001 hasta el 2013 demuestran la caída significativa del número de dependientes encontrados en la posesión de drogas, lo que comprueba empíricamente la eficacia de la despenalización para liberar

40 Eso no significa que la honra conyugal no sea protegida por otras disciplinas del ordenamiento jurídico, como el derecho civil.

41 STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª T, *DJe* 26.3.2012, p. 31.

42 STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª T, *DJe* 26.3.2012, p. 31.

43 Sobre la naturaleza antinormativa del ilícito, véase Monteiro (2001, pp. 68-72).

a los toxico-dependientes de la compulsión de la droga (Neves da Cunha Lima Espírito Santo, 2014, pp. 16 y 17).

La inadecuación del derecho penal para proteger la vida intrauterina por medio de la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Las altísimas cifras ocultas del delito de aborto son expresión de la ineficacia penal en la protección de la vida del embrión⁴⁴. Por ejemplo, en Portugal, la interrupción voluntaria del embarazo, aunque está prohibida, fue frecuentemente realizada en “establecimiento de salud [...] público”, hasta su permisión por la Ley N.º 16/2007, de 17 de abril (De Figueiredo Dias, 2012, §§ 1 y 8). El art. 142 del CP portugués, que prevé la interrupción del embarazo no punible, pasó a incluir en el numeral 1 el párrafo “e”, dedicado a la hipótesis de ser “realizada, por opción de la mujer, en las primeras 10 semanas de embarazo”⁴⁵.

El merecimiento cuestiona si el interés de protección posee un valor constitucionalmente reconocido como bien jurídico merecedor de tutela penal.

Más allá de los casos citados, hay valores sociales que no merecen tutela penal, por consecuencia, la intervención del ordenamiento penal sería inevitablemente innecesaria. El Supremo Tribunal Federal declaró inconstitucional la interpretación que incluía al feto anencefálico en el ámbito de la protección del delito de aborto de los arts. 124 y 126 del CP⁴⁶. El reconocimiento jurídico de los límites del valor vida humana, a partir de las características biológicas, se sitúa en la base de esa decisión. La conclusión fue que la vida del feto anencefálico no está abarcada por el concepto de vida humana, merecedor de tutela penal en los tipos de los arts. 124 y 126, por lo tanto, la “interrupción del embarazo del feto anencefálico no configura delito contra la vida —se revela conducta atípica—”⁴⁷.

Hay todavía casos excepcionales en los que el bien jurídico que inspiró al legislador deja de merecer tutela penal y, asimismo, el tipo penal permanece con una interpretación conforme a la Constitución, por tutelar otro bien jurídico. Se tiene el ejemplo del delito de mantenimiento de una casa de prostitución (art. 229 del CP), que se decía tutelar la “moral sexual” (Magalhães Noronha, 1988-1995, p. 257) y actualmente protege a la “dignidad sexual de la persona prostituida” (De Mello Jorge Silveira, 2017, p. 673), lo que reduce significativamente los límites del tipo

44 Respecto a la necesidad de investigaciones empírico-sociológicas sobre la eficacia del derecho para verificar si la aptitud (capacidad) de tutela o si la criminalización del aborto no es un “oneroso perjuicio a la causa de la propia vida”, véase Andrade (1979, pp. 6 y 7).

45 “Art. 142.- Interrupción del embarazo no punible. 1. No es punible la interrupción del embarazo efectuado por médico, o bajo su dirección, en un establecimiento de salud oficial u oficialmente reconocido y con el consentimiento de la mujer embarazada, cuando: [...] e) se realiza, por opción de la mujer, en las primeras 10 semanas de embarazo”.

46 STF, ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 29.4.2013, *RTJ* 226-01/11.

47 STF, ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 29.4.2013, *RTJ* 226-01/11, pp. 55, 57, 58, 112, 152, 222 y 226.

solo para los casos de prostitución con explotación sexual.

Superado el análisis conjunto de la adecuación de la intervención penal y del merecimiento de pena, se debe verificar la necesidad y carencia de tutela penal, porque no todos los bienes merecedores de tutela carecen de tutela penal.

6.2. Necesidad y carencia de tutela penal

La necesidad es el examen acerca de si existen otros medios igualmente adecuados y menos lesivos para los derechos fundamentales que el medio elegido para llegar al fin (Ávila, 2015, pp. 214 y 215). En términos penales, la cuestión es saber si existe alternativa a la criminalización de la conducta para el tratamiento del conflicto (por ejemplo, derecho civil, administrativo, tributario, consumidor, ambiental) o la intervención penal se muestra obligatoria (Gomes Canotilho, 1984, pp. 852 y 853; Gama de Magalhães Gomes, 2003, p. 83). La verificación de la necesidad y carencia de tutela penal es un análisis empírico del contexto social, del que la criminología debe ofrecer referencias precisas para guiar el análisis de los intereses político-criminales envueltos. Se trata de la constatación de que el derecho penal es disciplina jurídica indispensable para la tutela del valor, ante la incapacidad de otras disciplinas del derecho⁴⁸.

La criminalización tiende a demandar menos recursos al Estado que

la estructuración efectiva de un sistema preventivo de la conducta desvalorada, todavía la constatación de la falta de implementación de los necesarios medios de prevención, fiscalización y control no es suficiente para indicar la carencia de tutela penal. Es preciso demostrar la específica necesidad del derecho penal en razón de sus características y de los instrumentos de los que efectivamente dispone para cumplir las finalidades no alcanzadas por otras áreas del derecho.

La relación entre la necesidad de tutela penal y la eficiencia del derecho penal es un tema carente de investigación científico-empírica, por ejemplo, los efectos de la política de tránsito brasileña. Resultaría interesante comprobar si la mayor probabilidad de sufrir sanción administrativa en ciudades con mejor fiscalización alteró más la conducta de los conductores que anteriormente conducían automóviles sin cinturón de seguridad (art. 167 del CTB) y motociclistas sin casco (art. 244 del CTB⁴⁹). La segunda cuestión es si la criminalización de la conducción en estado de ebriedad (art. 306 del CTB) habría alcanzado el mismo cambio en el comportamiento de los conductores en ciudades con diferentes niveles de fiscalización y si, eventualmente, en las ciudades con baja fiscalización el cambio conductual habría sido aún menor que el provocado por la amenaza de la sanción administrativa en las ciudades con fiscalización rigurosa. Se trata de los efectos

48 STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.^a T., *DJe* 26.3.2012, p. 32.

49 CTB: Código de Tránsito brasileño.

de la “prontitud de las penas” (Beccaria, 2009, pp. 84, 85, 102 y 163) necesarias y proporcionales para la mayor orientación de los destinatarios de la norma que de las penas excesivamente afflictivas y poco probables. Es decir, si la certeza de la sanción administrativa derivada de la infracción orientaría más la conducta del destinatario de la norma que la amenaza abstracta y poco probable de una pena. Estas son variables que deben observarse en el momento del enjuiciamiento sobre la eventual carencia de la tutela penal.

Hay bienes carentes de tutela penal solo ante lesiones causadas por terceros (sin el consentimiento del titular o que este haya tenido que ver, entiéndase) y no autolesiones. Por ejemplo, la integridad física ante la autolesión, ante hetero-lesiones deseadas (perforarse la oreja para ponerse un pendiente, *piercing*, tatuaje) o ante la autopuesta en peligro, todas sin perjuicio para terceros; el honor objetivo ante la autodefamación. Un ejemplo de la no necesidad de intervención penal es evidenciado en la contravención penal de la posesión no justificada de algún instrumento de empleo usual en la práctica del hurto (art. 25 de la LCP⁵⁰)⁵¹ no recepcionada por la Constitución.

50 LCP: Ley de Contravenciones Penales.

51 “Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima: Pena: prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis”.

Se constató que, si la protección penal del bien jurídico frente a esa conducta fuese realmente necesaria, no se limitaría el tipo “solo a determinados agentes”, lo que “demuestra que la tipificación penal puede ser suplida por otras medidas alternativas”⁵². En otras palabras, en el caso que la contravención penal fuese realmente necesaria, “el legislador habría creado una infracción para punir todos los que portasen los instrumentos en el tipo incriminador”⁵³.

Otro caso es la eventual criminalización de la posesión de armas de fuego sin munición con relación al delito del art. 14 de la Ley N.º 10.826/03⁵⁴. Según el criterio de la ofensividad al bien jurídico, los bienes jurídicos integridad física o protección a la comunidad no sufren cualquier peligro significativo frente al arma sin munición. Específicamente, los delitos de peligro abstracto poseen legitimidad constitucional derivada de la inexistencia de otros medios jurídicos eficaces para la protección de los bienes jurídicos y menos lesivos para la libertad, de otra manera “serán contrarios a los principios de subsidiariedad y de lesividad y, de esa forma, al principio de proporcionalidad”⁵⁵. Finalmente, la

52 Supremo Tribunal Federal, RE 583.523, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 3.10.2013, *DJe* 22.10.2014, p. 29.

53 Supremo Tribunal Federal RE 583.523, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 3.10.2013, *DJe* 22.10.2014, p. 29.

54 Supremo Tribunal Federal, ROHC 81.057-8, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 29.4.2005, Ementário 2189-2.

55 Supremo Tribunal Federal, HC 104.410, Rel.

confirmación de la carencia de tutela penal, ante el agotamiento de alternativas menos adecuadas para el tratamiento del conflicto, no indica exactamente el grado de tutela que debe ofrecerse al bien jurídico. Esa es una cuestión propia del juicio de dignidad de tutela penal.

CONCLUSIÓN MÁS IMPORTANTE

La propuesta teórica de la metodología trifásica del deber de proporcionalidad en unión con los conceptos penales permite armonizar valores, principios, criterios, fundamentos y finalidades de las ciencias penales orientadores de la evaluación de los intereses político-criminales. Primero, está la indagación de la adecuación y del merecimiento de la tutela penal del valor. Segundo, se tiene la verificación de la necesidad de la intervención penal, o sea, si el valor realmente carece de protección penal. Tercero, está la evaluación de la superación de los beneficios de la intervención penal con relación a las restricciones de la libertad (proporcionalidad en sentido estricto), particularmente, el grado de dignidad de tutela penal del valor.

6.3. Proporcionalidad en sentido estricto y dignidad de la tutela penal

La proporcionalidad en sentido estricto⁵⁶, la “justa medida” (Gomes

Canotilho, 2000, p. 269; Gomes Canotilho y Moreira, 2004, p. 393 y ss.), la “comparación” (Ávila, 2015, p. 217), la “ponderación o sopesamiento” entre “la intensidad de la restricción al derecho fundamental alcanzado y la importancia de la realización del derecho fundamental que con él colisiona y que fundamenta la adopción de la medida restrictiva” (Da Silva, 2002, p. 40) exige el equilibrio “entre los valores que se restringen y los valores que se protegen” (Silva Dias, 2006, p. 345), que inevitablemente implica la restricción de la libertad, toda vez que se protege penalmente algún valor⁵⁷.

Los juicios de proporcionalidad en sentido estricto y de dignidad de la tutela penal ofrecen mayor orientación a los intereses político-criminales en la identificación de la justa medida entre la restricción de la libertad y la tutela de valores sociales⁵⁸. Por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal declaró la no recepción del art. 25 de la LCP, en razón de la inadecuación y la no necesidad del tipo para la tutela de los bienes jurídicos patrimonio e incolumidad

sinónimo de razonabilidad (Mendes *et al.*, 2009, p. 142; Barroso, 2010, p. 255). En sentido contrario, distinguiendo la proporcionalidad de la razonabilidad, Da Silva, 2002, pp. 29 y 30.

57 Sobre la indispensabilidad del control de la proporcionalidad de las razones invocadas para sacrificios a la libertad individual, véase Novais, 2003, p. 756, 761 y 762.

58 STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª T., *DJe* 26.3.2012, p. 32; STF, RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, *DJe* 20.8.2015, p. 11.

Min. Gilmar Mendes, 2.ª T., *DJe* 26.3.2012, p. 32.

56 Algunos entienden la proporcionalidad en sentido estricto (Scholler, 1999, p. 276) o incluso la proporcionalidad en general como

pública exclusivamente para algunos autores⁵⁹. Se verificó la tutela por debajo del grado de dignidad de los bienes jurídicos y violatoria de la dignidad de la persona humana (art. 1, III, de la CF) y la igualdad (art. 5, cap. I, de la CF), al basarse restrictivamente en “criterios discriminatorios (condena anterior o condición social y económica)”⁶⁰.

Los mandatos constitucionales expresos de protección penal de bienes jurídicos presumen las verificaciones de adecuación y necesidad de la intervención penal (por ejemplo, protección penal del medioambiente). Asimismo, no superan la necesidad de balance entre los beneficios y perjuicios derivados de la legislación penal (Gama de Magalhães Gomes, 2003, pp. 113 y 114; D’Avila y Lima Scalcon, 2017, p. 55).

Igualmente, no hay definición constitucional de conceptos fundamentales para la criminalización que son propios del derecho penal, por ejemplo: 1) la descripción exacta de las características de la conducta que debe ser criminalizada (art. 236, 1, de la CF, responsabilidad penal de los notarios); 2) la identificación de los valores específicos a ser protegidos entre áreas u órdenes de valores, por ejemplo, la flora y fauna, con relación al medioambiente (art. 225, 3, de la CF), el patrimonio, con relación al sistema financiero

(art. 173, 5, de la CF); 3) la definición de la técnica de tutela que debe ser emprendida legislativamente en la protección del bien jurídico; 4) la prohibición de la eventual modalidad culposa de la conducta; 5) la clase y cuantía de pena prevista en abstracto. Todas esas son cuestiones específicas de un análisis de proporcionalidad en sentido estricto y dignidad de tutela penal a ser concedida.

7. Conclusiones

La orientación científica de los tres poderes públicos solamente puede ser cumplida si la universidad es efectivamente un espacio abierto para el debate de múltiples intereses y concepciones político-criminales. La solución justa surge del análisis y ponderación de diferentes visiones sobre el fenómeno criminal. Si la universidad quiere orientar efectivamente la producción de la legislación y la realización judicial del derecho, necesita cumplir su función propositiva, además de la actividad crítica.

La propuesta teórica de la metodología trifásica del deber de proporcionalidad en unión con los conceptos penales permite armonizar valores, principios, criterios, fundamentos y finalidades de las ciencias penales orientadores de la evaluación de los intereses político-criminales. Primero, está la indagación de la adecuación y del merecimiento de la tutela penal del valor. Segundo, se tiene la verificación de la necesidad de la intervención penal, o sea, si el valor

59 STF, RE 583523, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 3.10.2013, *DJe* 22.10.2014, p. 29.

60 STF, RE 583523, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 3.10.2013, *DJe* 22.10.2014, pp. 1 y 29.

realmente carece de protección penal. Tercero, está la evaluación de la superación de los beneficios de la intervención penal con relación a las restricciones de la libertad (proporcionalidad en sentido estricto), particularmente, el grado de dignidad de tutela penal del valor.

8. Referencias

- Abrahão, M. R. (2017). *As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo*. Almedina.
- Adamy, P. A. (2011). *Renúncia a direito fundamental*. Malheiros.
- Albrecht, P. A. (2010). *Kriminologie. Eine Grundlegung zum Strafrecht* (4.ª ed.). Beck.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Almeida Ruivo, M. (2011). *Criminalidade financeira. Contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Livraria do Advogado.
- Almeida Ruivo, M. (2016a). *O fundamento e a metódica de verificação da causalidade na omissão imprópria* [Tesis de doctorado, Universidade de Coimbra].
- Almeida Ruivo, M. (2016b). O fundamento e as finalidades da pena criminal: a imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (121), 163-190.
- Almeida Ruivo, M. (2017). Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (137), 323-345.
- Andrade, C. (1979). O aborto como problema de política criminal. *Revista da Ordem dos Advogados*, 39(2), 293-323. <https://bit.ly/3s07xTl>
- Ávila, H. (2015). *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (16.ª ed.). Malheiros.
- Barroso, L. R. (2010). *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundam*
- mentais e a construção do novo modelo* (2.ª ed.). Saraiva.
- Beccaria, C. (2009). *Dos delitos e das penas* (J. de Faria Costa, trad.; 3.ª ed.). Fundação Calouste Gulbenkian.
- Becerra Muñoz, J. (2016). Propuestas de rediseño institucional para la elaboración y evaluación de la política criminal por parte del gobierno. En A. Nieto Martín, M. Muñoz de Morales Romero y J. Becerra Muñoz. (Dirs.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Marcial Pons.
- Bödeker, H. E. (2007). Accademie. En V. Ferrone y D. Roche (Eds.). *L'Illuminismo. Dizionario storico*. Laterza.
- Bonavides, P. (1994). O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Belo Horizonte*, (34), 275-291. <https://bit.ly/3MI6kbo>
- Carrara, F. (1924). *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale* (11.ª ed.). Fratelli Cammelli.
- Catib de Laurentis, L. (2017). *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. Malheiros.
- Cirino dos Santos, J. (2006). *Direito penal. Parte geral*. Lumen Juris.
- Correia, E. (1977). Estudos sobre a evolução das penas no direito português. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, (53), 1977.
- Da Costa Andrade, M. (1992). A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, (2), 173-205.
- De Faria Costa, J. (2007). *Direito penal especial. Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da parte especial*. Coimbra.
- De Faria Costa, J. (2015). *Noções fundamentais de direito penal. (Fragmenta iuris poenalis)* (4.ª ed.). Coimbra.
- Da Silva, V. A. (2002). O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798, 23-50.
- D'Avila, F. R. y Lima Scalcon, R. (2017). Constituição e direito penal. Novos e velhos

- problemas à luz da experiência brasileira. En AA. VV. *IBCCRIM 25 anos*. D'Plácido. <https://bit.ly/3F1PhhD>
- De Figueiredo Dias, J. (2007). *Direito penal. Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime* (2.ª ed.; t. 1). Coimbra.
- De Figueiredo Dias, J. (2011). *Direito penal português. Parte geral. As consequências jurídicas do crime* (t. 2). Coimbra.
- De Figueiredo Dias, J. (2012). Nótula antes del art. 142. En J. De Figueiredo Dias. (Dir.), *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte especial. Arts. 131 a 201* (t. 1, 2.ª ed.). Coimbra.
- De Figueiredo Marcos, R. M. (2006). *A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais*. Almedina.
- De Mello Jorge Silveira, R. (2017). Comentário ao art. 229. En M. Reale Júnior. (Coord.), *Código Penal comentado*. Saraiva.
- De Souza, P. V. S. (2004). *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. RT.
- Drapkin, I. (1985). Crimes and punishments in ancient hebrew laws. En H. D. Schwind (ed.), U. Berz, R. Herzberg, G. Geilen y G. Warda. (Coords.), *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*. Gruyter.
- Filangieri, G. (2003). *La scienza della legislazione*. Grimaldi & C.
- Feldens, L. (2005). *A Constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Livraria do Advogado.
- Ferreira da Cunha, M. da C.. (1995). *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Universidade Católica Portuguesa.
- Gama de Magalhães Gomes, M. (2003). *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. RT.
- Gomes Canotilho, J. J. (1984). Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 60(1).
- Gomes Canotilho, J. J. (2000). *Direito constitucional e teoria da Constituição* (4.ª ed.). Almedina.
- Gomes Canotilho, J. J. y Moreira, V. (2004). *Constituição da República Portuguesa anotada. Artigos 1 a 107* (t. 1). Coimbra.
- Harper, R. F. (1904). *The Code of Hammurabi. King of Babylon About 2250 B. C.* (2.ª ed.). Chicago University Press.
- Hart, H. L. A. (2009). *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law* (2.ª ed.). Oxford University Press.
- Jakobs, G. (1995). Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts? *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 107(4), 843-876. <https://bit.ly/375HgMg>
- Jescheck, H.-H. y Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (5.ª ed.). Duncker & Humblot.
- Kaufmann, A. (2009). *Filosofia do direito* (A. U. Cortês, trad.; 3.ª ed.). Fundação Calouste Gulbenkian.
- Kindhäuser, U. (2009). *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (4.ª ed.). Nomos.
- Konder Comparato, F. (2003). *A afirmação histórica dos direitos humanos* (3.ª ed.). Saraiva.
- Laingui, A. y Lebigre, A. (1979). *Histoire du droit penal. La procédure criminelle* (t. 2). Cujas.
- Magalhães Noronha, E. (1995). *Direito penal*. Saraiva.
- Mendes, G. F., Coelho, I. M. y Branco, P. G. G. (2009). *Curso de direito constitucional* (4.ª ed.). Saraiva.
- Mill, J. S. (2008). On liberty. En J. S. Mill. *On liberty and other essays*. Oxford University Press.
- Monteiro, C. L. (2001). Consumo de drogas na política e na técnica legislativas: comentário à Lei n. 30/2000. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 11(1), 67-98.
- Montesquieu (1979). *De l'esprit des lois* (t. 1). Flammarion.
- Neves da Cunha Lima Espírito Santo, C. A. (2014) *Contributo para uma visão crítica do*

- regime jurídico do consumo de drogas* [Tesis de maestría, Universidad de Coimbra]. <https://bit.ly/3NaYp6v>
- Novais, J. R. (2003). *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra.
- Palazzo, F. (2016). *Corso di diritto penale. Parte generale* (6.ª ed.). Giampichelli.
- Prieto del Pino, A. M. (2016). Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad. En A. Nieto Martín, M. Muñoz de Morales Romero y J. Becerra Muñoz. (Dir.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Marcial Pons.
- Reale Júnior, M. (2004). *Instituições de direito penal. Parte geral* (t. 1; 2.ª ed.). Forense.
- Rousseau, J. J. (2001). *Du contrat social*. Flammarion.
- Royer, J. P. (1995). *Histoire de la justice en France: de la monarchie absolue à la République*. Presses Universitaires de France, 1995.
- Sarlet, I. W. (2009). *A eficácia dos direitos fundamentais* (10.ª ed.). Livraria do Advogado.
- Scholler, H. (1999). O principio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista da Ajuris*, 26(75), 268-286.
- Schwabe, J. (2005). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Silva Dias, A. (2006). De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário. En J. de Faria Costa y A. Marques da Silva. (Coords.). *Direito penal especial. Processo penal e direitos fundamentais. Visão luso-brasileira*. Quartier Latin.
- Silva Dias, A. (2009). Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores no Anteprojeto de Código do Consumidor. En AA. VV. *Direito penal económico e europeu. Textos doutrinários* (pp. 557-576; t. 3). Coimbra.
- Soares de Albergaria, P. y Lima Mendes, P. (2012). O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, (22), 201-260.
- Taipa de Carvalho, A. (2008). *Direito penal. Parte geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime* (2.ª ed.). Coimbra.
- Viveiros de Castro, F. J. (1942). *Os delitos contra a honra da mulher* (4.ª ed.). Freitas Bastos.
- Vormbaum, T. (2011). *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte* (2.ª ed.). Springer.

Al día con el Derecho
PENAL • PROCESAL PENAL • PENITENCIARIO • CRIMINOLOGÍA