

NEOPUNITIVISMO O CUARTA VELOCIDAD DEL  
DERECHO PENAL DELANTE DE LOS DERECHOS  
HUMANOS DE LOS CIUDADANOS  
*MEIRE JANY LOPES DE SOUZA\**



*NEOPUNITIVISM OR FORTH SPEED OF CRIMINAL LAW  
IN FRONT OF CITIZENS HUMAN RIGHTS*

## RESUMEN

El objetivo de este trabajo, además de honrar a uno de los mayores constitucionalistas brasileños PAULO BONAVIDES, la búsqueda también aborda la posibilidad de este capítulo se delinea expansión del derecho penal en poder de SILVA SÁNCHEZ, que se refiere a la tercera velocidad del derecho penal, una cuarta velocidad, relacionada con las personas que cometieron crímenes de lesa humanidad cuando está en posesión del poder del Estado para gobernar una nación. Al mismo tiempo, los intentos para demostrar esta nueva visión de la ley penal amplia y absoluta –neopunitivista– como un modificador del paradigma de las organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos, ya que estos organismos han defendido la reducción de las garantías de los acusados de crímenes de lesa humanidad, siendo que la esencia de la creación de estas ONG's son precisamente las garantías de defensa y los derechos humanos de todos los ciudadanos, siendo o no acusados de crímenes. Esta discusión ha sido muy defendida por DANIEL PASTOR, profesor de la Universidad de Buenos Aires que pregunta cómo sería el impacto de esta nueva institución jurídica internacional delante de la realidad penal de hoy.

PALABRAS CLAVE: Neopunitivismo; Cuarta velocidad; Derechos humanos; Derecho penal.

---

\* Graduada en Derecho por Unievangélica. Abogada y funcionaria pública y asesora de la administración de Policía Civil en Goiás, Posgrada en Derecho Administrativo Contemporáneo por Unianhanguera y doctoranda en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho.

## ABSTRACT

The aim of this essay is the possibility of this strand is delineated expansion of criminal law held by SILVA SÁNCHEZ, which deals with the three speed of Penal Law, a fourth gear connected to people who committed crimes against humanity when in possession of the State power to govern a nation. At the same time, attempts to demonstrate this new vision of the criminal law expansive and absolute (neopunitivist) as a modifier of the paradigm of international organizations to defend human rights, as these agencies have embraced the reduction of guarantees those accused of crimes against humanity, being the essence of creation of this ONG's, are precisely the defense of human rights and guarantees of every citizen, whether or not accused of crimes. This discussion has been much advocated by DANIEL PASTOR, professor at the University of Buenos Aires that questions as would be the impact of this new international legal institution of the reality of today's criminal.

KEYWORDS: Neopunitivism, fourth speed, human rights, paradox.

Fecha de presentación: 6 de octubre de 2011. Fecha de aceptación: 9 de marzo de 2012.



El presente artículo trata de demostrar lo que se entiende por neopunitivismo o por la cuarta velocidad del derecho penal delante de la defensa de los derechos humanos de los ciudadanos, ya sea libre o acusado de un delito.

Con este artículo les traigo al ámbito jurídico el tema ya tratado por DANIEL PASTOR, profesor de la Universidad de Buenos Aires. En otras ocasiones, este tema tan polémico y emocionante como es la discusión sobre la posibilidad de una cuarta velocidad contenido de la ley penal y cómo ha cambiado el paradigma de las organizaciones que defienden los derechos humanos. Predica que a pesar de la expansión de los derechos a los ciudadanos, tales como la protección y las condiciones dignas de la vida de los prisioneros, abogando por la reducción de los derechos y garantías procesales de quienes cometieron crímenes de lesa humanidad.

## SURGIMIENTO DE LA SOCIEDAD Y LA NECESIDAD DE NORMAS

La aparición de los primeros asentamientos humanos provocó la necesidad de establecer normas de conducta orientadas a asegurar la

paz social<sup>1</sup>. Con este objetivo, a través del pacto social, el individuo dejó una parte de su libertad, mediante la transferencia de poderes al soberano, únicamente para establecer la norma y sancionar a quienes no la cumplan<sup>2</sup>.

Por su propia naturaleza, el derecho puede ser considerado como una forma de control social, que se dicta para regular la sociedad y, al mismo tiempo, debe ser actualizada y se retroalimenta por los cambios sociales. Por lo tanto, regula y es regulado por la sociedad *ubi jus ubi societas*<sup>3</sup>.

La historia del derecho penal y del derecho procesal penal pone de manifiesto la prevalencia, en épocas anteriores, de penas muy severas y la ausencia de garantías mínimas para el derecho a la defensa a través de un procedimiento sumario y la inquisición absoluta<sup>4</sup>.

En el estado moderno de corte absoluto, la aplicación de la pena estaba considerada como un monopolio del Estado y fue justificada por las exigencias de la justicia como un castigo divino, un verdadero instrumento de los sujetos.

Si bien el estado absolutista fue perdiendo terreno frente al estado liberal, con la aparición del Iluminismo, comenzó a verse una desaceleración del derecho penal, en especial con el Movimiento de Reforma de los siglos XVII y XVIII, caracterizado por el período de asistencia humanitaria y científica provocada por la doctrina del Iluminismo de autores como VOLTAIRE, HOBBS, ROUSSEAU, BENTHAM, y especialmente, BECCARIA.

En este contexto, sería capaz de conceptualizar el derecho penal no sólo como la rama del derecho que buscan proteger los intereses legales, determina las transgresiones contra el orden social que constituyen un delito, dando lugar a la aplicación de sanciones y medidas

1 En el artículo "¿Derecho penal será capaz de proteger los intereses legales postmodernos, como el medio ambiente?", el texto como parte de su tesis de maestría en derecho económico y social. RAMALHO ALEXANDRE DE FREITAS cita a A. BRUNO. *Derecho penal*, vol. 1, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1959, pp. 153 y ss.

2 Íbid., ALEXANDRE RAMALHO DE FREITAS cita a R. S. RIOS. "Tomás penalista Hobes?", en *Homenaje a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunales, 1995, pp. 658 y ss.

3 L. R. PRADO. *Curso de derecho penal brasileño*, vol. 1, Parte general.

4 Ver M. FOUCAULT. *Sancionar la disciplina: nacimiento de la prisión* RAQUEL BOUQUET (trad.), Petrópolis, Vozes Editora, 1987.

de seguridad<sup>5</sup>, sino también desde la perspectiva de la seguridad de la persona a limitar el *ius puniendi* del Estado.

Esta línea garantista del derecho penal ha encontrado terreno fértil en la evolución del estado liberal al Estado social de derecho, especialmente, desde la publicación de los textos constitucionales programáticos, que se caracterizan por la larga lista de derechos, con el precursor de la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar en 1919, en la trilogía, la libertad, la igualdad y la fraternidad y, con especial énfasis en la dignidad humana y la Constitución de la República Federativa de Brasil<sup>6</sup>.

Desde el tránsito del derecho constitucional al penal, se pudo verificar la externalidad y la vinculación de los principios tales como: la legalidad, la culpabilidad, el Estado de derecho, la humanidad, la proporcionalidad, etc., como vectores que deben respetarse. En este contexto, se prestó especial énfasis al principio de intervención mínima o *ultima ratio* del derecho penal, que contiene la aplicación subsidiaria del derecho penal como un medio necesario para proteger los intereses legales y debe aplicarse la ley penal sólo en los casos en que las otras ramas del derecho no atendieren.

Según ROGERIO GRECO, citando a SAMUEL SPÍNDOLA RUY,

puede concluir que la idea de principio o su conceptualización, sea cual sea la rama del aprendizaje que uno tiene en mente, significa la estructuración de un sistema de ideas, pensamientos o las normas de una idea principal, el pensamiento de una clave, un meta normativa, de la cual todas las ideas de otros pensamientos, o las normas se derivan, la reducción y/o subordinados. Y, sin embargo el autor, esta manera de ver y señalar los principios rectores en el sistema regulatorio, ya sea o no positivizada porque incluso positivizada no son de cumplimiento obligatorio<sup>7</sup>.

Toda esta discusión acerca de este tránsito del derecho penal desde esa perspectiva, centra ahora en la seguridad y la garantía de la

5 HANS-HEINRICH JESCHECK. *Tratado de derecho penal. Parte general*, MIGUEL OLMEDO CARDENETE (trad.), Granada, Comares, 2002, p. 10, citado por ALEXANDRE RAMALHO en su artículo: "El derecho penal será capaz de proteger los intereses legales post-moderna, tales como el medio ambiente?".

6 Constitución de la República Federativa del Brasil, artículo 1.º, III.

7 ROGERIO GRECO. "Principios, penal y de garantía constitucional a la intimidad", en [www.rogeriogreco.com.br].

persona y a limitar el *ius puniendi* del Estado, con la prevalencia de los principios en el contexto penal, ni siempre recibió la bienvenida apropiada en la dogmática jurídica-penal, después de haber pasado décadas en que se deliberó sobre cuestiones abstractas, como dónde inferir el dolo, en el tipo o la culpa, y se olvidó respetar las necesidades cambiantes de la política criminal y conveniente para la sociedad moderna.

Como propone ALEXANDRE RAMALHO<sup>8</sup>:

De hecho, los criterios actuales de la política penal siguen exactamente en la dirección opuesta, expresada por la expansión del derecho penal, maximizado por las características de la sociedad del riesgo. Esta expansión se produce a través de una "deliberada política de criminalización", expresada por modificaciones frecuentes y parciales por parte del legislador en la sección especial del Código Penal o la edición especial de las leyes penales, el aumento de los hitos penales de delitos clásicos, el amplio uso de la técnica de peligro abstracto del delito, la responsabilidad penal de personas jurídicas, de cambios profundos en el ámbito del procedimiento penal<sup>9</sup>, o así mismo por el agravamiento de las condenas penales. Indica que la expansión del derecho penal responde a las situaciones que se plantean en la sociedad moderna, en consonancia con su desarrollo económico y tecnológico. Queda por considerar el tamaño y el alcance del progreso de la sociedad "riesgo" y su impacto en el ámbito penal.

## TEORÍA DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL-VELOCIDADES

La teoría de la expansión del derecho penal viene con la obra de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Expansión del derecho penal*, en la que el autor traza las velocidades del derecho penal, que divide en tres: la primera velocidad, la segunda velocidad y la tercera velocidad, como vamos a ver<sup>10</sup>.

8 ALEXANDRE RAMALHO FARÍAS. "Derecho Penal será capaz de proteger los intereses jurídicos posmoderna, como el medio ambiente?", el texto es parte de su tesis de maestría en derechos sociales y económicos.

9 LUIZ FLAVIO GOMES. "Globalización y derecho penal", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 331 y ss. Traducción libre.

10 ERIC SANTOS. "Discutiendo la tercera velocidad del derecho penal", en [www.jusnavigandi.com.br].

*La primera velocidad* tiene que ver con el modelo de derecho penal clásico liberal, que utiliza principalmente la pena de prisión, pero se basa en las garantías individuales inamovibles, se resume en dos características fundamentales: la aplicación de la pena de prisión por excelencia; el respeto de las garantías constitucionales, acorde con los principios del Iluminismo (es derecho penal clásico).

*La segunda velocidad* se ocupa del modelo que incorpora dos tendencias (al parecer en conflicto), es decir, flexibilidad proporcional de ciertas garantías penales y procesales junto con la adopción de alternativas a la privación de libertad como penas restrictivas de derechos, multas, etc., se reduce a dos características importantes: la sustitución de la pena de prisión por penas alternativas, una pena de prisión domiciliaria puede ser considerada como una pena alternativa. En Brasil, esta teoría comenzó a ser introducida en la Reforma Penal de 1984 y se consolidó con la promulgación de la Ley de tribunales especiales (Ley 9.099/95).

*La tercera velocidad* se refiere a una mezcla de las características anteriores, es decir, usamos el término de prisión, pero permite la flexibilidad de las garantías sustantivas y procesales. Esta tendencia se puede ver en algunas recientes leyes brasileñas como la Ley de crímenes atroces (Ley 8.072/90), que eleva la pena por varios delitos, establece un régimen de cumplir la pena en un sistema integralmente cerrado y eliminó o trató de eliminar algunos poderes procesales, tales como la libertad bajo fianza.

La tercera velocidad está conectada con el derecho penal del enemigo (*panpenalismo*), una ley penal total, que interviene en cualquier área. Un derecho penal intervencionista, un derecho penal de expansión, de emergencia y urgencia. Esta designación de derecho penal del enemigo fue acuñada por GUNTHER JAKOBS, con el objetivo de la lucha contra los refractarios, porque para el autor, “en estas personas el derecho penal del ciudadano no tiene ningún efecto”. De conformidad con JAKOBS, el enemigo que sería delincuente, aquel criminoso que cometió los delitos económicos, terroristas, la delincuencia organizada y delitos sexuales y otros delitos penales peligrosos. Pronto, el enemigo que se está alejando permanentemente de derecho penal y no garantiza verbalmente que seguirá siendo fiel a la norma<sup>11</sup>.

11 Texto extraído de la clase impartida por el profesor ALEXANDRE SALIM. “Derecho penal actual en la investigación”, en [www.tvjustica.jus.br/saberdireito].

Para JAKOBS hay dos tipos de derecho penal: uno del ciudadano (derecho penal con las normas, con la garantía, que respeta la legalidad, con el abogado. Donde el ciudadano delincuente tendrá amplia defensa, contradictorio, etc.) Y otro del enemigo –el derecho penal radical, se puede punir a partir de actos preparatorios, no hay ninguna garantía penal y de procedimiento penal y constitucional, o se disminuye, prevalece el principio de la peligrosidad y no de culpabilidad– el enemigo es un imputable peligroso –quiere que el enemigo no reciba castigo, sino medida de seguridad–, él ve al delincuente como un enfermo, recuerda LOMBROSO, pues la medida de seguridad no tiene pena máxima, sino mínima. El enemigo es una no persona, no tiene las garantías penales y procesales, él es un no sujeto procesal. El procedimiento es de guerra y no procesal. El enemigo debe ser abatido. ¿Y quién es el enemigo? El enemigo es aquel que el Estado señala, el enemigo es elegido por el gobernante, es derecho penal del autor; se pune porque él es enemigo. El Estado pune la persona por actos preparatorios<sup>12</sup>.

Lo que distingue al delincuente ciudadano con el enemigo es la finalidad del agente. El delincuente cuando practica un crimen no quiere herir el pacto social. Ya el enemigo quiere derribar, romper el pacto social, luego el enemigo es el terrorista y por este comportamiento se aplica el derecho penal del enemigo, sin ninguna garantía<sup>13</sup>.

Hoy día, en Estados Unidos de América y otros países, el enemigo es el inmigrante ilegal. En Italia se aprobó el delito de clandestinidad. Otro ejemplo de derecho penal del enemigo –prisión de Guantánamo– ha devuelto las antiguas técnicas de interrogatorio. El derecho penal del enemigo debe ser criticado, ya que está trayendo de vuelta los nazis.

¿Se puede hablar en Brasil de derecho penal del enemigo? Para algunos doctrinantes sí, ellos dan como ejemplo la ley del abate que está en vigor en Brasil (Ley 9.614/1998, que modifica el artículo 303 de la Ley 7.565/86), añade:

§ 2.º Agotadas las medidas obligatorias previstas por la ley, la aeronave será clasificada como hostil, y está sujeta a la medida de destrucción en los casos

12 Ídem.

13 Ídem.

de los incisos de la *caput* de este artículo y previa autorización del Presidente de la República o la autoridad delegada por él<sup>14</sup>. (Una aeronave que es sospechosa de llevar drogas podrá ser abatida).

Y luego se pregunta, ¿hay pena de muerte en Brasil? No, excepto en caso de guerra declarada por el Presidente de la República. Pero, por la ley del abate hay pena de muerte en tiempo de paz, ya que, quien decreta la muerte es el Presidente de la República, sin una acción judicial, es sólo el derecho penal del enemigo<sup>15</sup>.

Con la modificación de la Ley de Ejecución Penal –LEP– (Ley 7.210/84), creando el Régimen Disciplinario Diferenciado –RDD–, algunos defienden que es un régimen penal cerradísimo, un cuarto régimen. Para los críticos de este RDD es un tipo de derecho penal para los enemigos. Pero la Corte Suprema-Tribunal Superior de Brasil ha reiterado el argumento de que el RDD es constitucional.

Por lo tanto, la sociedad del riesgo, como hemos dicho, al exigir un derecho penal más eficaz, determina el abandono del modelo ideal, representado por la defensa de un derecho penal mínimo, como *ultima ratio*, yendo a lo estrictamente necesario, creado por la expansión del derecho penal<sup>16</sup>.

El principio mencionado reza que, para proteger bienes jurídicos tan importantes, el Estado sólo es legitimado a valerse del recurso a la pena si no encuentra otros medios menos graves para actuar. Así, se creó una dimensión exterior, en que otras ramas del derecho, como el civil, el administrativo, etc., no se mostrasen eficientes al actuar como una forma de control social. Y, aun, una interna, al renunciar a determinadas sanciones penales (p. ej., la privación de libertad), en la medida en que otros también de carácter penal, menos graves resultan eficaces. Por lo tanto aplica el término principio de intervención mínima, subsidiariedad o *ultima ratio*<sup>17</sup>.

---

14 Ley del abate, Ley 9.614 del 5 de marzo de 1998, presentó el segundo párrafo del artículo 303 de la Ley 7565 del 19 de diciembre de 1986.

15 SALIM. "Derecho penal actual en la investigación", cit.

16 JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal*, Madrid, Edisofer, 2011, p. 1.

17 JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 246 y 247.

Sin embargo, a pesar de la defensa casi unánime por la doctrina de ese principio, en la práctica lo que se opera es la expansión del derecho penal, mediante la creación de nuevos bienes jurídicos, la ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penal relevante, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios políticos de las garantías penales<sup>18</sup>.

Así, con respecto a las causas de la expansión del derecho penal, merece una explicación de que debido a estos cambios sociales, culturales y económicos, se llevó a la aparición de nuevos bienes jurídicos derivados de nuevos intereses –como por ejemplo, bienes jurídicos colectivos– o nuevas valoraciones jurídicas, ambos merecedores de refugio penal.

El desarrollo de esta sociedad del riesgo, se transforma en la causa de la expansión del derecho penal,

tanto por la evolución de actividades productivas que lleva por marginalizar una gran porción de la población (delincuencia común), cuanto por el progreso técnico que desarrolla nuevas formas de criminalidad organizada (criminalidad económica ciber delincuencia, etc.)<sup>19</sup>.

De cualquier manera, la verdad es que el crimen organizado (como el narcotráfico, el terrorismo, la pornografía), el delito de empresas (p. ej., delitos fiscales, el medio ambiente, en materia de consumo, la salud y los intereses económicos), la corrupción político-administrativa o el abuso de poder e incluso la violencia conyugal del denominado "tirano doméstico" y el asedio, aparecen como primer punto de debate social sobre el criminal. Y la nueva política criminal intervencionista y expansiva recibe amplia acogida por parte de muchos sectores sociales, antes reticentes al derecho penal, que ahora reciben tanto como una reacción contra la delincuencia de los poderosos<sup>20</sup>.

Los movimientos sociales<sup>21</sup>, como las asociaciones ecológicas, los grupos de consumidores, las feministas, los pacifistas, así como las

---

18 SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 20.

19 RAMALHO. "El derecho penal será capaz de proteger...", cit.

20 SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal*, cit., p. 56 (traducción libre).

21 RAMALHO. "El derecho penal será capaz de proteger...", cit.

organizaciones no gubernamentales, que en el pasado reciente buscaban defender al individuo contra la aplicación del derecho penal (*ius puniendi*), hoy expresan entre sus actividades principales la promoción de la paz social en su mejor interés. Incluso cuestionan a las autoridades por una actuación más eficaz del derecho penal, buscando disminuir la sensación de impunidad que se desarrolla, incluso con el aumento de las penas y la reducción de garantías, como la promulgación de la Ley de delitos atroces (Ley 7.082/90), ya citada, como resultado de una manifestación social, por el brutal asesinato de una actriz de televisión practicado por otro actor, quien causó conmoción en Brasil (caso DANIELA PÉREZ).

El constitucionalista PAULO BONAVIDES<sup>22</sup>, defensor del derecho a la paz, como el derecho de la quinta generación añade,

que el primer documento que se ocupa de este derecho a la paz fue la famosa Resolución 33/1973, aprobada en la 85ª sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU del 15 de diciembre de 1978. En esta resolución, la Asamblea General de la ONU decretó que “toda nación y todo ser humano sin distinción de raza, creencias o sexo, tiene el derecho inherente de vivir en paz al tiempo que aboga por el respeto de ese derecho en el interés de toda la humanidad”.

Dice el autor<sup>23</sup>

Los estuarios de las aspiraciones colectivas de muchos siglos, la paz es el corolario de todas las justificaciones en que la razón humana, bajo la ley y la justicia, fundamenta la acción de regir la sociedad, para castigar a los terroristas, juzgar al criminal de guerra, encarcelar a los torturadores, mantener intacta la base del contrato social, establecer y mantener, por intangibles las normas, principios y disposiciones de la comunidad política. El derecho a la paz es el derecho natural del pueblo. Derecho que se encontraba en un estado de naturaleza en el contratualismo social de ROUSSEAU o ha sido implicada como un dogma de la paz perpetua de KANT. En este momento presentado como un derecho humano universal.

22 PAULO BONAVIDES. *Curso de derecho constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 580.

23 *Ibid.*, p. 590.

## NEOPUNITIVISMO O CUARTA VELOCIDAD DEL DERECHO PENAL

Con base en estos supuestos elaborados acerca de las velocidades del derecho penal, se publica un documento presentado en el XVIII Congreso Latinoamericano, x Iberoamericano y el I de Derecho Penal y Criminología Nacional de Bogotá, celebrado entre el 24 y el 27 de octubre de 2006 y el VI Congreso Argentino de Profesores de Derecho Penal-I Conferencia de Derecho Penal del Mercosur (Homenaje al profesor HENRI VICTOR GARCÍA), que tuvo lugar entre el 4 y el 6 de octubre de 2006, la discusión sobre el concepto legal llamado neopunitivismo o cuarta velocidad del derecho penal, que se originó en Italia, pero ha sido defendido además, por el profesor de la Universidad de Buenos Aires, DANIEL PASTOR<sup>24</sup>.

Quién se detiene a examinar la situación actual del poder penal, como una práctica que tiene como objetivo ayudar a poner orden en la vida social, contraponiendo los más fuertes y supuestos casos graves, se dará cuenta inmediatamente de que vivimos en una era en que la ley punitiva fue elevada al rango de octava maravilla del mundo<sup>25</sup>.

De hecho, la abolicionista fantasía irresponsable que nació hace varias décadas, ignorando apelar del sentido del derecho penal, al menos, como si hubiera sido el punto de partida para una explosión enorme de nuevos delitos y una lluvia de interpretaciones judiciales que amplían el ámbito de la responsabilidad penal para más allá de lo razonable, en los casos de tipo abiertos. Llegamos a la relajación de todos los límites y todos los requisitos legales para la represión y punición de los delitos considerados más graves, tales como los derechos humanos, la corrupción, el terrorismo y las drogas, como si fuera para remediar todos los males<sup>26</sup>.

Se reconoce la sabiduría de la descripción evocativa de ZAFFARONI, cuando dice “se refiere a las fases cíclicas del derecho penal, que se

24 Los datos del artículo jurídico por DANIEL PASTOR. “Neopunitivismo. Cuando el juez de la ciudadanía se convierte en alto handicap, el enemigo vulnerables”, retirado del sitio [www.google.com].

25 DANIEL PASTOR. “Neopunitivismo se deriva de las organizaciones y activistas como causa de los derechos humanos, desacreditada actual”, *Jura Gentium* [www.google.com].

26 *Ídem.*

pasea entre los sistemas liberales y autoritarios<sup>27</sup> el sistema punitivo actual se encuentra subsumido en el concepto de neopunitivismo, entendida esta política criminal, ya que se caracteriza por la creencia mesiánica renovada de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la sociedad, hasta el punto de total confusión, tratan de buscar la protección civil y constitucional del derecho penal en sí.

El neopunitivismo se manifiesta en la llamada extensión del derecho penal, la cuestión central de la política criminal pensada en los últimos años porque presume el derecho penal actual o moderno, como se lo llama, es una nueva ley penal, cuyas características deben ser estudiada con el nombre neopunitivismo, el sello distintivo de este derecho penal, que incluye todas sus partes, su deshumanización, resurgimiento de fuertes y crecientes sanciones<sup>28</sup>. Como dice DÍEZ RIPOLI

el Estado social de derecho ha contribuido a la proliferación de reglas a través de reglamentaciones y normas que exceden el ámbito y los fundamentos de la ley, pero ofrece mejores beneficios a la sociedad intervencionista, como si fuera el pasaje de un Estado penal liberal, interpretado desde una política de sanciones para garantizar los derechos individuales de los acusados para un derecho penal que se libra de estos límites y controles y empeñase a combatir el crimen como una lucha contra el mal.

Así, esta ola de política de emergencia e inmediata, con la creación de las leyes penales de impulso, en el fragor de la discusión de los hechos concretos de los crímenes practicados que conmueven a la sociedad, sin que haya amplio debate y sin restricciones de normas a crear para luchar contra delitos. La creación de la idea de un “derecho penal de expansión”, “inflación penal”, “ley hipertrófica penal”, que se basa en la noción del derecho penal como una solución para todos los males “panpenalismo” (definiciones del Profesor DANIEL PASTOR). Esta dis-

27 Ver ZAFFARONI. “Derecho penal liberal y sus enemigos”, el manuscrito de su discurso por ocasión del recibimiento del título de doctor *honoris causa* de la Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, enero de 2004.

28 PASTOR. “Neopunitivismo se deriva de las organizaciones y activistas como causa de los derechos humanos...”, cit.

persión legislativa, nunca ha sido tan evidente, pues obedece a las instrucciones circunstanciales que podrá generar una situación caótica.

Así, dice DANIEL PASTOR<sup>29</sup>

bajo la invocación de lograr la eficiencia en la represión y punición de delitos y dado el gran número de procesos que, inevitablemente, genera este neopunitivismo, política inflacionaria, los instrumentos penales han sido utilizados para revocar los valores constitucionales que deben ser respetados por el sistema de justicia penal de un Estado constitucional.

También, de acuerdo con DANIEL PASTOR,

hay que distinguir el derecho penal del enemigo o tercera velocidad con el derecho penal del neopunitivismo o cuarta velocidad. Por la expansión –*panpenalismo*– el derecho penal del enemigo tiene una cobertura sobre el derecho penal de emergencia, abogan por la abolición de las garantías de los acusados en la búsqueda de eficiencia para neutralizar e intimidar a los que se toma por el enemigo como: terroristas, contrabandistas y no se toman como ciudadanos.

En neopunitivismo, es considerado un enemigo quien detiene el poder del Estado y se encontró en una posición de violar la ley mientras debía cumplirla y proteger los ciudadanos, por ejemplo, representantes o cúpulas de los derechos o los gobiernos democráticos que se han cometido crímenes de lesa humanidad. Por lo tanto, el tren de neopunitivismo o cuarta velocidad, propone la eliminación de las garantías penales y procesales de esta gente, de estos criminales, utilizando como argumento para justificar su posición de que los graves daños a los derechos legales supranacionales están legalmente protegidos por las convenciones y por los pactos internacionales de derechos humanos y la Convención de Ginebra sobre Derecho Humanitario. Por lo tanto, el derecho penal de cuarta velocidad funciona como un amplificador del poder punitivo.

El neopunitivismo, o como también se lo llama, la cuarta velocidad del derecho penal, cree que las personas que ostentaron el cargo de jefes de Estado y como tales, violaron los tratados de derechos humanos, a ser juzgado por un Tribunal Penal Internacional –TPI– deben tener sus garantías materiales y procesales disminuidas debido a que cometieron crímenes de lesa humanidad<sup>30</sup>. Esta cuarta velocidad viene representada por el Tribunal Penal Internacional.

29 Ídem.

30 SALIM. “Derecho penal actual”, cit.

## TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

El TPI<sup>31</sup> fue creado por el Estatuto de Roma para juzgar los crímenes de lesa humanidad. El Estatuto de Roma sólo entraría en vigor después que 60 países lo han ratificado y luego, tras 60 días de la última firma de ratificación, que daría validez a este Tribunal.

En Brasil fue el Decreto n° 4.388/2002, el que ratificó el Estatuto de Roma. Esta ley debe ser respetada y hay la irretroactiva aplicación. El TPI tiene su sede en La Haya, pero puede funcionar en cualquier parte del mundo.

El artículo 7.º del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias –ACDT– ya ha traído esta necesidad de crear un Tribunal Internacional. En la artículo 5.º § 4.º, aduce que Brasil debe cumplir con suscribirse a un Tribunal Internacional, en virtud de esta previsión, Brasil ratificó el Estatuto de Roma.

El TPI sólo debe juzgar los crímenes de lesa humanidad (competencia material). En el artículo 70 del Estatuto de Roma, hay un vacío, pues prevé que el TPI juzgará los crímenes contra la administración de justicia de la TPI (p. ej., alguien implanta una prueba ilícita; un fraude procesal, la coacción de un juez o un fiscal, etc.).

El TPI fue creado para juzgar los crímenes de lesa humanidad, que son:

*Genocidio.* Elementales típicas: destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Esta definición es muy similar a la que vino en la Ley 2.859/66 de Brasil.

*Delitos contra los Derechos Humanos o contra la Humanidad.* Es un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (p. ej., matar, secuestrar, violar).

*crímenes de guerra.* Son graves violaciones de la Convención de Ginebra de 1949.

*Crímenes de agresión.* Es una novedad porque los crímenes de agresión han estado en discusión por décadas. En 2010, se llegó a una definición de lo que es el crimen de agresión: es una violación de la Convención de las Naciones Unidas de 1964.

Además de otros, dos principios son de gran importancia:

---

31 Ídem.

1. *Principio de la retroactividad.* El TPI se inclina a este principio, ya que antes sólo existían los tribunales de excepción. Sólo se podrá juzgar alguien por el TPI, a partir del 7 de enero de 2002. Y en el caso de Brasil, después de septiembre de 2002, que fue cuando se ratificó.

2. *Principio de complementariedad.* La jurisdicción del TPI es complementaria a la jurisdicción de los países miembros, subsidiaria, y sólo en caso del país no se debe juzgar. Si el país decide juzgar, el TPI no puede actuar. Ahora, si hay fraude en este juzgamiento, el Tribunal debe juzgar. Los magistrados del TPI sólo juzgan personas mayores de 18 años.

*Composición del Tribunal Penal Internacional.* Son 18 jueces, sin disputa, es por indicación política, y tienen mandato de nueve años, sin derecho de reelegirse. Son seis jueces para la investigación (que trabajan en la fase pre procesal), seis jueces para el proceso y seis para el proceso hasta el segundo grado en caso de apelación.

El TPI no permite la aprobación con reservas (art. 120 del Estatuto de Roma), o se aprueba el texto o no se aprueba. Es adecuado para hablar sobre la imprescriptibilidad del crimen internacional. Sino ¿cómo hacer esta comparación delante de la Constitución Federal de Brasil de 1988, que establece sólo algunos crímenes imprescriptibles? ¿Cómo conciliar la extradición del brasileño si la Constitución la prohíbe? Lo que se ha decidido es que la extradición (que está en un plano horizontal –de un Estado a otro–) es diferente de la entrega (que tiene lugar en un plano vertical –del Tribunal a un Estado–, eso no daña la Constitución). En comparación con otros institutos, el legislador no puede limitar los tribunales de otros países. Estas normas se refieren al orden constitucional interno, con algunas posibles excepciones.

Este punto de vista del poder punitivo es lo que inspiró el llamado “derecho penal de los derechos humanos”. En este campo, los organismos de protección internacionales y las organizaciones activistas creen que, por lo menos de forma sorprendente, el recurso por la violación de los derechos humanos se logra principalmente a través de sanciones penales y eso es algo laudable y ventajoso para llevar a cabo sin controles o límites, sobre todo con menosprecio de los derechos fundamentales. Defienden esta idea pues este poder absoluto



dado al derecho penal sería debido a la gran fuerza que tiene estos grupos criminales que cometen tales violaciones<sup>32</sup>.

Esta visión del derecho penal absoluto a ser empleado en contra de estos grupos criminales, como se lo llaman estas organizaciones de defensas de los derechos humanos, es por lo menos curiosa y paradójica, ya que estas organizaciones fueron creadas para defender los derechos humanos de los ciudadanos. Cuando ella misma predica que los criminales que cometen graves violaciones de derechos humanos al ser juzgados, deben tener sus garantías reducidas, pierde parte de su razón de ser, por defender los derechos humanos sólo de una parte de sus ciudadanos y no *todos* los ciudadanos según lo establecido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dice<sup>33</sup>:

*Artículo VIII.* Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

*Artículo X.* Todo el mundo tiene derecho, en plena igualdad, a una audiencia justa y pública por un tribunal independiente e imparcial, la determinación de sus derechos y obligaciones y la base de cualquier acusación penal formulada contra ella.

*Artículo XI. 1.* Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser considerado inocente hasta que su culpabilidad haya sido probada conforme a la ley y en juicio público en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

## DERECHOS HUMANOS

Los llamados derechos humanos, los dichos fundamentales, surgieron, como se sabe para regular y limitar el poder del Estado. Esta idea es antigua y aparece inicialmente con rasgos marcados como ley natural. Se cree que el sistema jurídico justo es aquel que existe sobre las decisiones de las autoridades, pero que garantiza el respeto al li-

32 PASTOR. "Neopunitivismo se deriva de las organizaciones y activistas como causa de los derechos humanos...", cit.

33 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la Resolución 217A (III) de la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

bre desarrollo de las expectativas de la gente en un clima de convivencia social pacífica<sup>34</sup>.

A partir de estas ideas, desde el Iluminismo, como sabemos, un nuevo modelo de política y derecho se presenta. Políticamente, la democracia burguesa se basa en la noción de Estado de derecho, es decir, el Estado con un poder limitado y no con poderes absolutos. Estos límites son impuestos por el respeto de las normas de un derecho natural e inalienable de todas las personas, incluida la igualdad, la libertad, la propiedad, el honor y la felicidad. Los derechos naturales fueron consagrados y positivados, primero por las declaraciones de derechos (*Bill of Rights* Inglés, como en el siglo XVII, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776, la Declaración de los Derechos Humanos y los Ciudadanos de Francia, en 1789) y después por el movimiento del constitucionalismo<sup>35</sup>.

Estos derechos, después de la matanza de la Segunda Guerra Mundial, fueron protegidos por los sistemas jurídicos de forma que las constituciones, en general, han traído el elenco de los principales derechos humanos y las libertades fundamentales. Todos estos acontecimientos han tenido un sentido claro para el sistema punitivo, limitar el ejercicio de poder penal por parte del Estado. Como la ley penal permite lo más difícil de toda injerencia del Estado en la libertad de los ciudadanos, esta intervención debe limitarse legalmente en el esfuerzo para tratar de evitar los abusos y arbitrariedades.

Como dice DANIEL PASTOR,

Esto significa que la relación entre derechos humanos y el derecho penal se entiende a partir de BECCARIA a FERRAJOLI, a través de LOCKE, MONTESQUIEU, FILANGIERI y PAGANO, con el siguiente significado: en choque penal los derechos fundamentales el Estado como un freno a su poder y exclusiva defensa de los intereses individuales en peligro de extinción por la actividad penal Estatal. Bien pensados y bien protegidos los derechos humanos se refieren únicamente a la protección del acusado, la persona frente al Estado y que corría el riesgo de sufrir las terribles consecuencias del poder penal público, cuya aplicación no puede constituir de modo alguno, a un orden absoluto e ilimitado.

34 PASTOR. "Neopunitivismo se deriva de las organizaciones y activistas como causa de los derechos humanos...", cit.

35 Ídem.

Por lo tanto, los derechos humanos están diseñados para prevenir el uso indebido del derecho penal, nunca para reclamar su aplicación ilegítima o legítima.

#### EL PARADIGMA DE LOS ORGANISMOS DEFENSORES DE LOS DERECHOS HUMANOS CUANDO APLICAN EL NEOPUNITIVISMO

Según DANIEL PASTOR, en América Latina es un hecho público muy conocido, pero insólito, que los organismos internacionales de protección y las organizaciones activistas de derechos humanos se han convertido en los defensores más radicales del neopunitivismo. El punto de reconocimiento de la disfunción cultural se aprecia en un hito fundamental del derecho penal que es la visión de un criminal, rasgo característico del neopunitivismo extremo, es decir, los organismos que deberían proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos se vuelven en contra de estos derechos fundamentales, de personas o jefes de Estado que cometan crímenes contra la humanidad, pero siguen siendo los ciudadanos y deben tener sus derechos garantizados, y reducidos, no como predica el neopunitivismo.

Para DANIEL PASTOR, el desempeño de las organizaciones designadas, neopunitivistas activistas, que se traduce sobre todo, con punición siempre que ocurra un hecho grave. Debido a que estas personas de la política criminal no admitan, como se ve, de modo alguno la no punición, su ideología se hace efectiva en el sentido de que no debe haber punición de ninguna manera o a cualquier precio. Así, trae el autor dos casos que se produjeron en Argentina, de la usurpación de la función de los derechos humanos debido al punto alto de esta defensa de neopunitivismo.

Para ilustrar esta condición patológica jurídica, se ponen abajo algunos ejemplos:

En el caso llamado AMIA, que fue un ataque a una institución tradicional de la comunidad judía en Argentina, que dejó un gran número de víctimas. Pero no se pudo establecer quiénes habían sido los autores de este hecho. Al parecer, quien fue el autor, cuyo nombre se desconoce, murió cuando se cometió el hecho. El primer error en este caso y cometido en conjunto, fue asumido por una especie de carta ética, fundamentalista y punitiva, que es común en casos como estos

y se aplica a los hechos del 11 de septiembre. El error es pensar que estos hechos son, en primer lugar, casos penales. Detrás de esta confusión provoca una interminable serie de malentendidos jurídicos. En resumen, el proceso de bombardeo de AMIA, se llevó a cabo durante una década sin acusación o juzgamiento contra personajes menores, cuyos derechos fundamentales fueron destruidos.

Otro ejemplo fue el desafortunado caso llamado "Jefes", que fue el asesinato de una persona al ejecutar su trabajo en un lugar de descanso en la costa de Buenos Aires. Este hecho llevó a la condena improbable de muchas personas y con penas muy altas, pero no fue justificada por la evidencia de la participación de estas personas en este incidente. Por otra parte, todas las garantías judiciales de los acusados fueron violadas.

Por lo tanto, estas organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, que a lo largo de su vida abogaron por la reducción del poder punitivo del Estado, hoy son los primeros en aplicar la subyugación de las garantías para castigar al autor de la violación. Hoy también paradójicamente, los quieren condenados y con sus garantías reducidas, con la única excusa que se citan como una legitimación del discurso, que criminaliza a calidad del sujeto, que supuestamente era invulnerable al poder de nombramiento o había una desventaja de la ciudadanía para formar parte del ejercicio del poder o la ideología.

¿Cómo entender?, si bien estas organizaciones de defensa de los derechos humanos de los presos privados de libertad que cumplen sus condenas velan por que tengan un tratamiento mínimamente decente. Las personas que están encerrados como salvajes en prisiones sucias y superpobladas, como es el caso de la población carcelaria de Brasil y Argentina. Pero en su tiempo libre, estas mismas organizaciones se dedican a buscar la detención de algunos sospechosos. Se trata de una desorientación de los derechos humanos producidos a partir de su comprensible, pero jurídicamente inaceptable cambio de paradigma. Ya no es un garantizador de un derecho penal, controlador y ilimitado para predicar autoría de crímenes a todos<sup>36</sup>.

En resumen, dice DANIEL PASTOR,

---

36 DANIEL PASTOR, informó sobre el proceso de la muerte que se produjo en diciembre de 2001 durante la caída de DE LA RÚA.

esta situación incómoda se produjo porque las organizaciones que defienden los derechos humanos o semiprivadas e internacionales y los organismos públicos para la protección de los derechos fundamentales siguen a la deriva del sistema neopunitivista. Nacido y creado para proteger al individuo en esta área, enfrentan el poder penal y se han convertido recientemente en los principales impulsores de la aplicación del derecho penal a los individuos. Esto sirve para desacreditar el discurso de los derechos humanos.

Sin embargo, el derecho penal debe ser completamente reconstruido con el fin de cumplir con su papel en el tema específico y necesario. Hay que suponer que el derecho penal sólo puede atacar contra el sistema carcelario, la supervisión y los límites del poder y de la no aprobación acrítica y la expansión de este poder.

## CONSIDERACIONES FINALES

En este trabajo lo que he tratado de mostrar hasta ahora es que surge un nuevo sistema, un nuevo punto de vista del derecho penal, siguiendo este concepto de expansión defendido por SILVA SÁNCHEZ, cuando se trata de las velocidades del derecho penal. Hay que tener en cuenta que el derecho es cíclico, pasa por las fases y los cambios y estos cambios deben ser observados por los ejecutores del derecho.

Con este trabajo traté de demostrar la importancia de los derechos humanos por parte de aquellos que realmente creen en estos valores supremos y de las instituciones, pero al mismo tiempo traje esta discusión que, incluso los más ardientes defensores de los derechos humanos sucumben a algunas atrocidades practicadas por aquellos que deberían proteger y salvar a su pueblo y que predicán la condena de estas personas, con reducción de las garantías y la aplicación muy dura y extrema del derecho penal, con el pretexto de ser insoportable, los que fueron elegidos para proteger a su pueblo no pueden, bajo la premisa de su autoridad, violar y matar a sus conciudadanos.

Así, fue lanzada la idea de neopunitivismo, de la cuarta velocidad del derecho penal, que predica la reducción de las garantías penales y procesales a los jefes de Estado que cometieren crímenes contra la humanidad a ser juzgados por el Tribunal Penal Internacional. La teoría es defendida por unos y criticada por otros, pero hay que llevar a baila esta discusión. ¿No sería hora de repensar una nueva visión

del Derecho Penal? ¿Será que el Derecho Penal de hoy es eficiente? ¿Él cumple su papel?. Esta es la idea. Vamos a hablar de ello porque el Derecho es dinámico y debe adaptarse a la realidad mundial.

## BIBLIOGRAFÍA

- BONAVIDES, PAULO. *Curso de Derecho Constitucional*, São Paulo, Malheiros Editora, 2011.
- FOUCAULT, MICHEL. *Sancionar la disciplina: nacimiento de la prisión*, RAQUEL BOUQUET (trad.), Petrópolis, Vozes Editora, 1987.
- GOMES, LUIZ FLAVIO. "Globalización y derecho penal", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.
- GRECO, ROGERIO. "Principios, penal y de garantía constitucional a la intimidad", en [www.rogeriogreco.com.br].
- JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de derecho penal. Parte general*, MIGUEL OLMEDO CARDENETE (trad.), Granada, Comares, 2002.
- Jura Gentium*. Una revista de Filosofía del Derecho Internacional y Política Mundial.
- SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA. *La expansión del derecho penal*, Madrid, Edisofer, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 2002.
- PRADO, L. R. *Curso de derecho penal brasileño, vol. I, Parte General*.
- SANTOS, ERIC. "Discutiendo la tercera velocidad del derecho penal", en [www.jusnavigandi.com.br].
- Sítio [[www.google.com.br](http://www.google.com.br)].
- Sítio [[www.tvjustica.jus.br/saberdireito](http://www.tvjustica.jus.br/saberdireito)].
- Sítio [[www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)].
- Sítio [[www.rogeriogreco.com.br](http://www.rogeriogreco.com.br)].

