



LA OPCIÓN DEL LEGISLADOR BRASILEÑO PARA EL FALSO MODELO DE PROCESO DEMOCRÁTICO Y EL PLAZO DEL *INDUBIO PRO HELL*

Francisco José Vilas Bôas Neto¹

Resumen: Este texto abordará la disposición del Código de Procedimiento Penal de Brasil, que establece la estructura acusatoria. Se presentarán disposiciones legales, posturas doctrinales y jurisprudencia que afirman ser el sistema del proceso brasileño. La hipótesis es que el proceso penal brasileño puede no ser puramente acusatorio, ya que esta estructura no parece coincidir con algunas disposiciones legales. Se demostrará que el proceso penal brasileño se acerca al falso modelo acusatorio.

Palabras clave: Procedimiento penal; Sistema acusatorio; Democracia.

1 INTRODUCCIÓN

¿In dubio pro hell?

El vocablo latino *in dubio pro reo* es ampliamente conocido entre los operadores del derecho, precisamente entre aquellos que actúan en el derecho penal. El término designa que, en caso de duda, deberá ser aplicada la decisión más favorable al acusado. Por su parte, el término *in dubio pro hell*, utilizado por Rosa y por Khaled Jr. (2017) en el libro que llevó ese título², es un juego semántico transcrito en la substitución de la palabra latina *reo* (acusado) por la palabra inglesa *hell* (infierno).

Con la sugerencia dada por el nuevo principio del *in dubio pro hell*, estaría la posibilidad de que la duda no siempre favorezca al acusado. Partiendo de esa premisa, el presente trabajo busca cuestionar si el legislador brasileño realmente hizo una opción por el proceso penal acusatorio, al incluir en el Código Procesal Penal el artículo 3º-A³ que expresamente señala en esa dirección.

A pesar del Art. 3º-A, introducido en el ordenamiento por la ley 13.964 del 24 de diciembre de 2019, ¿la legislación procesal penal brasileña es de hecho acusatoria? la hipótesis discutida en el texto indicará que el sistema procesal brasileño sería pseudoacusatorio, no reuniendo los requisitos de un sistema acusatorio puro.

Sin obedecer una estructura rígida, inicialmente serán descritos los modelos procesales comunes, para inmediatamente después ser demostradas las disposiciones legales que alejarían el modelo brasileño del modelo acusatorio puro.

¹ Estudiante de doctorado en Derecho, en la línea de investigación Intervención y Garantía Penal, en la Puc Minas; máster en Filosofía en la FAJE/MG; postgrado en Derecho por UCAM/RJ; licenciado en Derecho por Puc Minas; abogado Criminalista. Correo electrónico: vilasboas.f@hotmail.com

² ROSA, Alexandre de Moraes; KHALED JR. Salah. *In dubio pro hell. Profanando el sistema penal*. Editora EMais, 3ª edición. Florianópolis, 2017.

³ CPP. Art. 3º-A. El proceso penal tendrá estructura acusatoria, prohibidas la iniciativa del juez en la fase de investigación y la substitución de la actuación probatoria del órgano de acusación. (Incluido por la Ley nº 13.964, de 2019)

2 SISTEMAS PROCESALES

El sistema procesal penal es aquel utilizado en determinado ordenamiento jurídico para que el Estado pueda ejercer la potestas *puniendi*⁴ (poder de punir). En síntesis, el sistema procesal delimita las reglas de investigación, procesamiento y ejecución de la ley, para que el infractor pueda ser pasible de la intervención penal. En el texto la *inmoralidad como derecho fundamental y la etiqueta del derecho penal*⁵ es afirmado que el derecho penal es la legitimación de la violencia practicada por el Estado contra el individuo particular. El Estado efectivamente práctica una violencia contra el infractor al someterlo a la limitación de libertad de locomoción y a la segregación social.

La violencia del Estado, sin embargo, es no punible. Ella pertenece al ejercicio de la *potestas puniendi*. Al aplicar la pena, el Estado posee el poder de ejercer violencia sobre el infractor, siendo por esa razón que existe la necesidad de limitación de ese poder. En el Estado Republicano, como es el caso de Brasil, la limitación del poder de punir es descrita en la ley. Es la ley procesal y el sistema procesal adoptado que establecen las reglas para que el Estado pueda aplicar la pena al infractor. Tradicionalmente la literatura procesal penal, como será visto adelante, señala tres modelos procesales, siendo el inquisitivo, el acusatorio y el mixto.

2.1 Sistema Inquisitivo

El término inquisitivo, con origen etimológico en la expresión latina *inquisitīvus*, describe un modelo procesal que tiene como presupuesto inquirir o indagar la inquisición. Según Pacelli (2012) el término expresa un *model* procesal en el cual el juez actúa también en la fase de investigación; el proceso se inicia con la *notitia criminis*, siguiendo la investigación, la acusación y el juzgamiento.

En el mismo sentido:

Adoptado por el Derecho canónico a partir del siglo XIII, el sistema inquisitorial posteriormente se propagó por toda Europa, siendo empleado inclusive por los tribunales civiles hasta el siglo XVIII. Tiene como característica principal el hecho de que las funciones de acusar, defender y juzgar se encuentren concentradas en una única persona, que asume así la posición de un juez acusador, llamado *juez inquisidor*. (BRASILEIRO DE LIMA, 2013, p. 03).

También de acuerdo con Brasileiro de Lima (2013), un juez con esa concentración de poderes quedaría psicológicamente condicionado al resultado, careciendo de objetividad e imparcialidad. Távora y Alencar van más allá, al afirmar que:

El principio inquisitivo se caracteriza por la inexistencia de contradictorio y de amplia defensa, con concentración de las funciones de acusar, defender y juzgar en una única figura (juez). El procedimiento es escrito y secreto, con el inicio de la persecución, producción de la prueba y dictado de la decisión por el magistrado. (TÁVORA y

⁴ El término *potestas puniendi* (poder de punir) fue elegido en el lugar del término *jus puniendi* (derecho de punir), por entender el autor que la pena es la imposición de sufrimiento como retribución al delito. Nadie, ni inclusive el Estado, tiene el derecho de imponer sufrimiento a la persona.

⁵ Texto de este autor publicado en la Revista de Derecho Penal, Proceso Penal y Constitución en 2018. Disponible a través del link <https://www.indexlaw.org/index.php/derechopenal/article/view/3946/pdf>

ALENCAR, 2013, p. 40).

Aury Lopes Jr. (2007) reconoce que ese modelo de procedimiento incide en un error psicológico al creer que una misma persona pueda ejercer funciones tan paradójales como investigar, acusar, defender y juzgar.

Távora y Alencar resaltan también en el modelo inquisitivo:

El discurso de fondo es la efectividad de la prestación jurisdiccional, la celeridad y la necesidad de seguridad, razón por la cual el reo, mero actor secundario, se somete al proceso en una condición de absoluta sujeción, siendo en verdad más un objeto de la persecución que sujeto de derechos. (TÁVORA y ALENCAR, 2013, p. 40).

El acusado, mero coadyuvante de la persecución penal, tendría un papel secundario en un procedimiento que se propondría solo extraerle la confesión o culpa. No habría la necesidad de preservación de las garantías como el contradictorio y la amplia defensa.

Afirma Távora y Alencar (2013) que un procedimiento en la línea inquisitiva sería de inspiración fascista, propio de un Estado autoritario. Esa autojustificación del poder del juez no encuentra respaldo en una democracia. Como descrito en el texto la *fundamentación de las decisiones y el ejercicio efectivo del contradictorio*⁶, la democracia, entendida como soberanía popular, exige que la respuesta judicial sea dada a partir de la construcción participada de las decisiones, o sea, a partir del principio del contradictorio.

Cumple resaltar que en el ordenamiento jurídico brasileño cabe a la Policía Judicial (en regla)⁷ la función de investigar y al Ministerio Público las funciones de persecución y acusación criminal. Al juez cabría solamente la función de juzgar. ¿Será así mismo?

2.2 Sistema Acusatorio

Al contrario del sistema inquisitivo, el sistema acusatorio no permite la posibilidad de que el juzgador ejerza las funciones de investigación y acusación. En ese sentido es la previsión del Código Procesal Penal (CPP) que en el artículo 3º-A presenta que el proceso penal tendrá estructura acusatoria, prohibidas la iniciativa del juez en la fase de investigación y la sustitución de la actuación probatoria del órgano de acusación.

Aun frente al hecho de que la disposición legal supra citada haya entrado en vigor solamente en 2020, a partir de la promulgación de la Ley 13.964 del 24 de diciembre de 2019, cierto es que la literatura jurídica ya reconocía el sistema procesal brasileño como acusatorio.

Sobre la cuestión del caso en análisis:

Como se desprende, aunque el Código Procesal Penal brasileño esté inspirado preponderantemente en principios inquisitivos – dado que existen disposiciones

⁶ Texto de este autor, en coautoría, publicado en la Revista Electrónica del Programa de postgrado de la Cámara de Diputados E-Legis, en 2019. Disponible a través del link <http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/527/691>

⁷ Cuando hubiere interés público, la ley admite la investigación por el Ministerio Público con la instauración de las instrucciones civiles y administrativas.

inseridas por las sucesivas reformas que prestigian el sistema acusatorio -, su lectura debe ser hecha a la luz de la Constitución, por lo que su modelo de proceso debe adecuarse al constitucional acusatorio. (TÁVORA y ALENCAR, 2013, p. 42).

En el mismo sentido:

El sistema acusatorio presupone las siguientes garantías constitucionales: de la tutela jurisdiccional (Art. 5º, XXXV), del debido proceso legal (Art. 5º, LIV), de la garantía del acceso a la justicia (Art. 5º, LXXIV), de la garantía del juez natural (Art. 5º, XXXVII y LIII), del tratamiento paritario de las partes (Art. 5º, primer párrafo e i), de la amplia defensa (Art. 5º, LV, LVI y LXII), de la publicidad de los actos procesales y motivación de los actos decisorios (Art. 93, IX) y de la presunción de inocencia (Art. 5º, LVII) (Criminología, cit. P.31-8). Es el sistema vigente entre nosotros. (CAPEZ, 2013, p. 85).

Se verifica por las citas anteriores, que aun antes de la entrada en vigor del artículo 3º-A del CPP, el sistema acusatorio ya era reconocido como vigente en Brasil. Como característica, el sistema acusatorio prevé la separación entre las funciones de investigar, acusar y juzgar, prohibiendo la concentración de esas atribuciones en una única persona u órgano. (PACELLI, 2012, p. 10). Ese también es el entendimiento jurisprudencial del Superior Tribunal de Justicia (STJ):

RECURSO ESPECIAL Nº 1.658.752 - MG (2017/0051804-2)
REDACTOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECURRENTE: T H A M DE F (MENOR)
ABOGADO: DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ESTADO DE MINAS GERAIS.
RECURRIDO: MINISTERIO PÚBLICO DEL ESTADO DE MINAS GERAIS
SUMARIO

PENAL Y PROCESAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE. ACTO VIOLATORIO ANÁLOGO AL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO ADJUNTADO DESPUÉS DE LA SENTENCIA. APELACIÓN EXCLUSIVA DE LA DEFENSA. TRIBUNAL A *QUO* SUSCITÓ NULIDAD DE OFICIO. OFENSA AL SISTEMA ACUSATORIO. RECONOCIMIENTO IMPLÍCITO DE LA AUSENCIA DE MATERIALIDAD DEL ACTO VIOLATORIO. RECURSO CONCEDIDO.

1. Constituye pilar del proceso penal brasileño el sistema acusatorio, en el cual, en oposición a la modalidad inquisitorial, se impone una clara división de atribuciones entre los sujetos procesales responsables por acusación, defensa y juzgamiento en la persecución penal. (HC 347.748/AP, Red. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, juzgado el 27/09/2016, DJe 10/10/2016).
2. La postura del Colegiado de origen en suscitar y reconocer preliminar de nulidad, esquivándose de la materia traída en apelación defensiva para juzgarla perjudicada y determinar que sea proferida nueva sentencia, afectó el sistema acusatorio.
3. La Tercera sección de esta Corte Superior consolidó entendimiento de que, a pesar de la necesidad del laudo toxicológico definitivo para determinar la materialidad del acto violatorio, se admite su comprobación por otros medios de prueba que posean grado de certeza idéntico al del laudo definitivo. Precedentes.
4. Recurso especial proveído para casar la sentencia apelada y determinar el retomo de los autos al Tribunal de origen para que prosiga en el juzgamiento del recurso de apelación, determinando la materialidad del acto violatorio, consideradas las pruebas existentes al momento del dictado de la sentencia. (BRASIL, STJ, 2018).

De la misma forma, en el juzgamiento del habeas corpus número 404.228, el Ministro Jorge Mussi del STJ (BRASIL, 2018) adujo que en Brasil prevalece el sistema acusatorio, que “prima por la

distribución de las funciones de acusar, defender y juzgar a órganos distintos”. Si en el sistema inquisitivo estaría prevista la figura del juez-acusador, el sistema acusatorio autoriza solamente que el juez ejerza su función en la condición de órgano jurisdiccional. La función del juez estaría astricta a analizar la acusación para absolver o condenar al acusado.

Para Capez (2013), en el procesal acusatorio es imprescindible el respeto del contradictorio y la amplia defensa. El juez tendría solamente la función decisoria, no participando de la recolección de pruebas. Así él mantendría su imparcialidad. Corroborando lo dicho:

Por el sistema acusatorio, acogido de forma explícita por la Constitución Federal de 1988 (CF, Art. 129, inciso I), que tornó privativa del Ministerio Público la propuesta de la acción penal pública, la relación procesal solamente tiene inicio mediante la provocación de persona encargada de deducir la pretensión punitiva (ne procedat iudex ex officio) y, mientras no retire del juez el poder de gerenciar el proceso mediante el ejercicio del poder de impulso procesal, impide que el magistrado tome iniciativas que no se alinean con la equidistancia que él debe tomar con respecto al interés de las partes. Debe el magistrado, por lo tanto, abstenerse de promover actos de oficio en la fase investigatoria, atribución esta que debe quedar a cargo de las autoridades policiales y del Ministerio Público. (BRASILEÑO DE LIMA, 2013, p. 05).

Como defendido en el texto la *fundamentación de las decisiones y el ejercicio efectivo del contradictorio*⁸, una decisión fundamentada a partir del principio constitucional del contradictorio verá su legitimidad materializada en la participación concreta de los demás sujetos procesales.

2.3 Sistema Mixto

El sistema procesal mixto, como sugiere el nombre, sería una adaptación del sistema inquisitivo al sistema acusatorio. El procedimiento presentaría tanto una fase inquisitiva, sin contradictorio y amplia defensa, como una fase acusatoria, en la cual las funciones de investigar, acusar y juzgar serían delimitadas y separadas. Sobre la cuestión:

El sistema mixto tiene raíces en la Revolución Francesa, conjunto de movimientos político-sociales cuyos ideales se diseminaron por Europa continental, y posee, como marco legal, el *Code d'Instruction Criminelle* francés de 1808. Se caracteriza por una instrucción preliminar, secreta y escrita, a cargo del Juez, con poderes inquisitivos, con el fin de la recolección de pruebas, y por una fase contradictoria (judicial) en que se da el juzgamiento, admitiéndose el ejercicio de la amplia defensa y de todos los derechos derivados de ella [...] así: Investigación Preliminar, a cargo de la policía judicial; instrucción preparatoria, patrocinada por el juez instructor y juzgamiento [...] bajo el prisma del contradictorio y amplia defensa. (TÁVORA y ALENCAR, 2013, p. 42).

La primera fase (en la cual el juez actuaría como investigador-acusador) poseería una instrucción preliminar, cuando sin respeto del contradictorio y la amplia defensa, serían producidas las pruebas. En la segunda fase, después de posibilitar el derecho de defensa al acusado, el juez preferiría

⁸ Texto de ese autor, en coautoría, publicado en la Revista Electrónica del Programa de postgrado de la Cámara de Diputados E-Legis, en 2019. Disponible a través del link <http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/527/691>

su decisión condenatoria o absolutoria. Una lectura desatenta de nuestro ordenamiento podrá sugerir que el sistema adoptado en Brasil sea mixto, en razón de la existencia en la persecución penal de una fase inquisitiva (instrucción policial) y de una fase acusatoria (acción penal). Sobre el tema, Pacelli (2012, p. 13) señala que “algunos alegan que la existencia de la instrucción policial en la fase preprocesal, ya sería por sí sola, indicativa de un sistema mixto; otros, con más propiedad, apuntan determinados poderes atribuidos a los Jueces en el Código Procesal Penal”.

La cuestión de la duda sobre el sistema adoptado es solucionada con argumento de la definición de sistema procesal, caracterizado “como el examen del proceso, esto es, de la actuación del Juez en el curso del proceso”. (PACELLI, 2012, p. 13).

La consideración de la instrucción policial como parte integrante del proceso es equivocada. Tal afirmación sería errónea porque la instrucción policial no integra la fase procesal. No hay actuación efectiva del Juez o del Ministerio Público. Conforme la exigencia del artículo 155 del Código Procesal Penal, siquiera el juez podrá condenar un acusado con base exclusivamente en los elementos de información constantes en la instrucción⁹.

Sobre el tema:

Con origen que se remonta al Derecho Griego, el Sistema Acusatorio es el sistema adoptado en Brasil, de acuerdo con el modelo plasmado en la Constitución Federal de 1988. En efecto, al establecer como función exclusiva del Ministerio Público la promoción de la acción penal (Art. 129, I, CF/88), la Carta Magna dejó nítida la preferencia por ese modelo, que tiene como características fundamentales: separación entre las funciones de acusar, defender y juzgar, conferida a personajes distintos. (TÁVORA y ALENCAR, 2013, p. 41).

En el mismo sentido:

Sin embargo, con el advenimiento de la Constitución Federal, que prevé de manera expresa la separación de las funciones de acusar, defender y juzgar, estando asegurado el contradictorio y la amplia defensa, además del principio de la presunción y de la no culpabilidad, estamos delante de un sistema acusatorio. (BRASILEÑO DE LIMA, 2013, p. 5).

Por los fundamentos enumerados, aun poseyendo una fase preliminar inquisitiva, es posible afirmar que el sistema procesal adoptado en Brasil no es mixto y tampoco inquisitivo. Por otro lado, ¿es posible afirmar que el sistema procesal brasileño es puramente acusatorio?

3 EL MODELO PROCESAL PSEUDOACUSATORIO Y LA VIGENCIA DEL *IN DUBIO PRO HELL*

Inicialmente es preciso resaltar que el sistema acusatorio es el más adecuado para un Estado Democrático de Derecho. Ello porque la Constitución de la República, según el artículo 5° LV prevé

⁹ CPP. Art. 155. El juez formará su convicción por la libre apreciación de la prueba producida en contradictorio judicial, no pudiendo fundamentar su decisión exclusivamente en los elementos informativos recogidos en la investigación, sin perjuicio de las pruebas cautelares, no repetibles y anticipadas.

que “a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general son asegurados el contradictorio y la amplia defensa, con los medios de recurso inherentes a ella”.

En otras palabras: el contradictorio es el ejercicio dialéctico desarrollado por los sujetos procesales, consistente en la construcción participada de las decisiones. Es necesario entender, conforme mencionado anteriormente, que el contradictorio no pertenece solo a las partes (autor – acusado), sino también al juez. Para el proceso democrático, el contradictorio que interesa no deriva del verbo contradecir y sí del verbo “construir”. Afirmar que el proceso es el procedimiento sometido al contradictorio no es lo mismo que decir que el proceso es el procedimiento sometido a su contradicción. El proceso sometido a la contradicción es el proceso sometido a su negación. La negación del proceso, a su vez, es la negación de la democracia. (VILAS BOAS NETO, 2019, p. 199).

Además del principio del contradictorio, el sistema acusatorio prevé una serie de importantes principios constitucionales que deben ser observados debido al alcance y amplitud en la protección de derechos y garantías individuales. Como referencia es posible citar el principio de la garantía de la tutela jurisdiccional descrito en el artículo 5º, XXXV, de la CR/88 que prevé que la “ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho”.

De la misma forma es posible citar el principio del debido proceso legal, suscrito en el artículo 5º LIV que presenta la garantía de que “nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal”. El Texto Constitucional impone que todos sean iguales ante la ley, como prevé el artículo 5º *primer párrafo*:

Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos. I: hombres y mujeres son iguales en derechos y obligaciones, en los términos de esta Constitución. (BRASIL, 2020).

Así, la previsión ya mencionada del artículo 3º-A del Código Procesal Penal, que afirma la estructura acusatoria para el sistema brasileño, parece consagrar la naturaleza democrática del proceso penal. No obstante, conforme ya señalado, para que un proceso sea propiamente democrático, respetándose el sistema acusatorio, resulta necesaria la separación de las funciones de la investigación, acusación y juzgamiento.

A pesar de la previsión expresa del sistema acusatorio, es verdad que existen otras previsiones legales en el propio CPP que flexibilizan esa estructura, planteando dudas en cuanto al modelo adoptado en Brasil. La primera previsión legal que parece contrariar la estructura acusatoria es descrita en el artículo 28-A, § 5º, del Código Procesal Penal. El *primer párrafo* del artículo introdujo en la legislación brasileña la previsión del acuerdo de no persecución penal, facultando al Ministerio Público (órgano acusador) a proponer un acuerdo para el acusado, siempre que la infracción penal sea sin violencia o grave amenaza y que la pena mínima no exceda cuatro años.

Sucede que el párrafo quinto del referido artículo autoriza al juez (que no es órgano acusador), a recusar la homologación del acuerdo de no persecución penal, cuando entendiere que este no fue

realizado de forma adecuada¹⁰. Se verifica una injerencia del juez en la actuación del Ministerio Público, que en calidad de órgano acusador, tendría la liberalidad para pugnar por el archivamiento u ofrecer la denuncia contra el acusado. De la misma forma tendría la liberalidad, observadas las condiciones legales, para ofrecer el acuerdo de no persecución penal.

Pero como se observa el acuerdo necesita del aval de un magistrado. Otra norma que parece no corresponder al sistema acusatorio es la descrita en el párrafo único del artículo 212 del CPP.

Art. 212. Las preguntas serán formuladas por las partes directamente a la testigo, no admitiendo el juez aquellas que pudieren inducir la respuesta, no tuvieren relación con la causa o importaren la repetición de otra ya respondida.

Párrafo único. Sobre los puntos no esclarecidos, el juez podrá complementar la tarea de inquirir. (BRASIL, CPP, consulta en 03/05/2020).

Se entiende que la legislación autoriza que el juez formule preguntas a los testigos cuando considere que existen puntos no esclarecidos. Entonces, los testigos son presentados por el fiscal en el momento de ofrecimiento de la denuncia y por el acusado cuando ofrece su respuesta a la acusación. Cabría a las partes (fiscal y acusado) inquirir a sus testigos sobre los puntos que entiendan convenientes. Si hubiere alguna duda después de inquirir a los testigos, ella no podría ser esclarecida por preguntas formuladas por el juez.

El principio *in dubio pro reo*, garantía del acusado, afirma que la duda siempre deberá ser en su beneficio. Si después de los cuestionamientos del fiscal y de la defensa persistieren dudas que el juez pretende subsanar con sus propias preguntas, él lo hará en desfavor del acusado. Si la duda favorece al acusado, es posible presumir que la resolución de ella podrá acarrear su perjuicio.

Puede ser argumentado que la resolución de la duda sea favorable al acusado. La cuestión es que él no precisa eso, pues la duda ya lo favorece. El acusado no precisa la certeza para su defensa, pues la duda ya lo beneficiará.

Es posible concluir que, al formular sus propias preguntas para subsanar los puntos no esclarecidos, el juez actuará como verdadero órgano de acusación. Hay otra situación que causa mayor extrañeza. Si el juez no logra subsanar sus dudas con las preguntas formuladas a los testigos presentados por el fiscal y por la defensa, él podrá presentar sus propios testigos. Por lo menos esa es la previsión del artículo 209 del CPP que dispone que el juez, cuando lo juzgare necesario, podrá oír otros testigos, además de los indicados por las partes. ¿Por qué motivos el juez produciría una prueba seno para condenar?

El artículo 386 del Código Procesal Penal autoriza al juez a absolver cuando no existieren

¹⁰ CPP. Art. 28-A. No siendo caso de archivamiento y habiendo el investigado confesado formal y circunstancialmente la práctica de infracción penal sin violencia o grave amenaza y con pena mínima inferior a 4 (cuatro) años, el Ministerio Público podrá proponer acuerdo de no persecución penal, siempre que necesario y suficiente para reprobación y prevención del delito, mediante las siguientes condiciones ajustadas acumulativa y alternativamente:(...) § 5°. Si el juez considera inadecuadas, insuficientes o abusivas las condiciones dispuestas en el acuerdo de no persecución penal, devolverá los autos al Ministerio Público para que sea reformulada la propuesta de acuerdo, con concordancia del investigado y su defensor.

pruebas suficientes.

Art. 386. El juez absolverá al reo, mencionando la causa en la parte dispositiva, siempre que reconozca:

(...)

II - no haber prueba de la existencia del hecho;

(...)

V - no existir prueba de que el reo haya concurrido para la infracción penal;

(...)

VII - no existir prueba suficiente para la condenación. (BRASIL, CPP, consulta el 03/05/2020).

Si ante la falta de pruebas el juez debe absolver conforme incisos II, V y VII del artículo 386 del CPP, al insistir en la producción de ellas, por lo que parece, habrá un deseo de condenar. Así como en el caso anterior, la duda o la falta de pruebas beneficia al acusado. Entonces esa prueba no es producida a favor de él, sino en su perjuicio.

Si por la falta de pruebas el magistrado debe absolver, ¿él no estaría substituyendo al Ministerio Público en la función acusatoria al producir sus propias pruebas? Parece, por los ejemplos anteriores, que hay un alejamiento del principio *in dubio pro reo* y un acercamiento al nuevo (paradojalmente antiguo) principio *in dubio pro hell*.

La norma contenida en el artículo 234 del Código Procesal Penal, pareciendo tener la misma lógica de la norma del artículo 209, también admite que el juzgador pueda producir sus propias pruebas, al describir que si el juez tuviere noticia de la existencia de documento relativo a punto relevante, providenciará, independientemente de requerimiento de cualquiera de las partes, su añadido a los autos.

Existe además otra situación en la legislación procesal penal brasileña que, a lo que indica, contraría el sistema acusatorio puro. Como dicho anteriormente, cabría al fiscal el ofrecimiento de la acción penal pública, dado que él es el investido de la titularidad de la acción penal. En otras palabras, si el fiscal no ofrece una denuncia, no tendríamos la posibilidad de un proceso penal de acción pública. Sin embargo, a pesar de que la acción pública sea de titularidad del Ministerio Público, el juez podrá dictar un decreto condenatorio, aunque no exista un pedido de condenación formulado por la acusación.

Esa es la previsión del artículo 385 del CPP que describe que “en los delitos de acción pública, el juez podrá proferir sentencia condenatoria, aunque el Ministerio Público haya opinado en favor de la absolución, así como reconocer agravantes, aunque ninguna haya sido alegada”. ¿El juez está autorizado a condenar aun cuando el órgano de acusación haya pedido la absolución?

La ley autoriza y la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia acata la previsión legal.

AgRg EN EL RECURSO ESPECIAL Nº 1.612.551 - RJ
(2016/0179974-

REDACTOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

AGRAVANTE: MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO: LUCIMAURO CRUZ DA SILVA

ABOGADO: EDGAR FLECHAS SANTACRUZ - RJ107375

INTERÉS: MINISTERIO PÚBLICO DEL ESTADO DE RIO DE JANEIRO

SUMARIO

AGRAVO REGLAMENTARIO EN EL RECURSO ESPECIAL. JÚRI. TENTATIVA DE

HOMICIDIO DOBLEMENTE CUALIFICADO. MANIFESTACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO POR LA ABSOLUCIÓN. ARTÍCULO 385 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, RECOGIDO POR LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. AUSENCIA DE VINCULACIÓN DEL JUEZ. PRECEDENTES. RECURSO NEGADO.

1. En los términos del Art. 385 del Código Procesal Penal, en los delitos de acción pública, el juez podrá proferir sentencia condenatoria, aunque el Ministerio Público haya opinado por la absolución.
2. El artículo 385 del Código Procesal Penal fue recogido por la Constitución Federal Precedentes de esta Corte.

3. Agravio reglamentario no concedido.

SENTENCIA. Vistos, relatados y discutidos los autos en que son partes las amba indicadas, acuerdan los Ministros de la Quinta Cámara del Superior Tribunal de Justicia, por unanimidad, negar concesión al agravio reglamentario. Los Sres. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer y Jorge Mussi votaron con el Sr. Ministro Redactor.

Brasilia (DF), 2 de febrero de 2017 (Fecha del Juzgamiento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA (BRASIL, STJ, 2016).

El Supremo Tribunal Federal (STF) adopta la misma línea del STJ:

RECURSO EXTRAORDINARIO CON AGRAVIO 1.002.209. AMAZONAS

REDACTOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : FABRÍCIO DOS SANTOS DE SOUZA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GENERAL DEL ESTADO DE AMAZONAS

RECDO.(A/S) : MINISTERIO PÚBLICO DEL ESTADO DEL AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE AMAZONAS

DECISIÓN:

Vistos.

Fabrício dos Santos de Souza interpone agravio contra decisión que no admitió recurso extraordinario asentado en contrariedad al artículo 5°, incisos XXXVII, LIII y LIV, de la Constitución Federal.

Surge, en el apelo extremo, contra sentencia proferida por el Tribunal de Justicia del Estado de Amazonas, así enmendado:

APELACIÓN CRIMINAL. PENAL Y PROCESO PENAL. PRELIMINAR. ART. 385 DE LA LEY ADJETIVA PENAL. SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD. RESPECTO AL SISTEMA ACUSATORIO.

RECEPCIÓN POR LA CONSTITUCIÓN CIUDADANA. ROBO AGRAVADO Y CORRUPCIÓN DE MENORES. MATERIALIDAD Y AUTORÍA DELICTIVAS COMPROBADAS. CONDENA MANTENIDA. DETRACCIÓN DE LA PENA. DERECHO SUBJETIVO DEL REO.

1. El Art. 385 del CPP fue recogido por la Constitución Ciudadana de 1988, por constituir vertiente del propio sistema acusatorio, del principio del libre convencimiento motivado.

2. Siendo el conjunto probatorio apto para la comprobación de la materialidad y autoría delictivas de los delitos de robo agravado y corrupción de menores, no debe ser acogido el requerimiento de absolución por insuficiencia de lastro probatorio.

3. Se concede el requerimiento de detracción de la pena, por constituir derecho subjetivo del reo. Apelación criminal conocida y parcialmente concedida. (BRASIL, STF, 2016).

¿Cómo podría un juez en tesis imparcial, dentro del sistema acusatorio, condenar después del pedido de absolución formulado por el Ministerio Público?

Como sustentado en el texto el *artículo 385 del Código Procesal Penal brasileño y el sistema procesal acusatorio* (2017)¹¹, la referida disposición legal debería ser considerada como inconstitucional. Sin embargo, conforme las jurisprudencias del STF y del STJ mencionadas anteriormente, el entendimiento jurisprudencial mayoritario fue por la recepción del artículo 385 del CPP por la Constitución brasileña.

A pesar de las decisiones de los Tribunales Superiores, es posible encontrar jurisprudencias en sentido contrario, como es el caso de la decisión dictada por el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais (TJMG).

Apelación Criminal 1.0702.09.565907-5/001

Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho

Fecha de la publicación de la jurisprudencia 02/07/2012

APELACIÓN - ROBO AGRAVADO - PEDIDO DE ABSOLUCIÓN PRESENTADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO EN ALEGACIONES FINALES - VINCULACIÓN DEL JUZGADOR - SISTEMA ACUSATORIO - ABSOLUCIÓN DECRETADA.

I - Debe ser declarada la absolución cuando, en alegaciones finales del Ministerio Público, hubiere pedido en ese sentido, pues en este caso, habría ausencia de pretensión acusatoria a ser eventualmente acogida por el juzgador.

II - El sistema acusatorio se sustenta en el principio dialéctico que rige un proceso de sujetos cuyas funciones son absolutamente distintas, la de juzgamiento, de acusación y la de defensa. El juez, tercero imparcial, es inerte delante de la actuación acusatoria, así como se aleja de la gestión de las pruebas, que está a cargo de las partes. El desarrollo de la jurisdicción depende de la actuación del acusador, que la invoca, y solo se realiza validez delante de la actuación del defensor.

III - Se afirma que, si el juez condena aún delante del pedido de absolución elaborado por el Ministerio Público en alegaciones finales está, seguramente, actuando sin necesaria provocación, por lo tanto, confundiendo con la figura del acusador, y, además, decidiendo sin el cumplimiento del contradictorio.

IV - La vinculación del juzgador al pedido de absolución hecho en alegaciones finales por el Ministerio Público es consecuencia del sistema acusatorio, preservando la separación entre las funciones, mientras que la posibilidad de condenación mismo delante del espacio vacío dejado por el acusador, caracteriza al juzgador inquisidor, cuyo convencimiento no está limitado por el contradictorio y, al contrario, es decididamente parcial al punto de substituir el órgano acusador, haciendo subsistir una pretensión abandonada por el Ministerio Público. (BRASIL, TJMG, 2012).

La decisión del TJMG encuentra eco en la literatura jurídica:

El Ministerio Público es el titular de la pretensión acusatoria, y sin su pleno ejercicio, no da la oportunidad de que el Estado ejerza el poder de punir. El poder punitivo estatal está condicionado a la invocación hecha por el MP a través del ejercicio de la pretensión acusatoria. Así, el pedido de absolución equivale al no ejercicio de ese poder, o sea, el acusador está dejando de proceder contra alguien. Como consecuencia, el juez por no fundamentar su decisión condenatoria en pruebas o argumentar sobre ellas, no puede condenar sin que la acusación haya sido hecha. (BARRETO, acceso

¹¹ Texto de ese autor publicado en la Revista argentina *Pensamiento Penal*, en 2017. Disponible por el link <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45344-o-articulo-385-do-codigo-proceso-penal-brasileño-e-o-sistema-procesal-acusatorio>

el 3 de mayo de 2020)

En el mismo sentido:

El Sistema Acusatorio se caracteriza por la presencia de partes distintas, contraponiéndose acusación de defensa en igualdad de posiciones, y a ambas se sobreponiendo un Juez, de manera equidistante e imparcial. Aquí hay una separación de las funciones de acusar, defender y juzgar (BRASILEÑO DE LIMA, 2013, p. 4).

Sin perjuicio de las divergencias jurisprudenciales o incluso literarias y sin adentrarnos en la discusión acerca de la constitucionalidad o no del artículo 385 del CPP, cierto es que por la decisión del Supremo Tribunal Federal él rige plenamente en el ordenamiento jurídico brasileño. No obstante la previsión legal del artículo 3º-A del CPP de establecer la estructura acusatoria, o sea, la estructura democrática del proceso con prevalencia del principio *in dubio pro reo*, cierto es que la legislación procesal brasileña, en muchos casos, se aleja del sistema procesal acusatorio puro, admitiendo el principio *in dubio pro reo* de la forma enseñada por Rosa y Khaled Jr. (2017).

Es necesario resaltar que a pesar que la ley autoriza que en algunos casos el juez actúe como se *acusación fuese*, el sistema procesal brasileño no puede ser tenido como inquisitivo o mixto. Lo más adecuado es afirmar que se trata de un sistema acusatorio impuro o un sistema pseudoacusatorio. El ministro Reynaldo Soares da Fonseca, en 2017, reconoció que el sistema adoptado no sería el acusatorio:

HABEAS CORPUS Nº 446.896 - SP (2018/0094258-6)
REDACTOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA IMPETRANTE:
DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ESTADO DE SÃO PAULO ABOGADOS: DEFENSORÍA
PÚBLICA DEL ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO LOURENCO DIAS FERRO - SP232689 IMPETRADO: TRIBUNAL DE
JUSTICIA DEL ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE: ELICIARIO BATISTA
BECERRA (PRESO)

SUMARIO

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADECUACIÓN DE LA VÍA
ELECTA. ROBO CIRCUNSTANCIADO. PEDIDO DE ABSOLUCIÓN DEL
MINISTERIO PÚBLICO EN ALEGACIONES FINALES. CONDENA. INFRACCIÓN
AL SISTEMA ACUSATORIO. INEXISTENCIA. ART. 385 DEL CPP. PRECEDENTES.

El Supremo Tribunal Federal, por su Primera Cámara, y la Tercera Sección de este Superior Tribunal de Justicia, delante de la utilización creciente y sucesiva del habeas corpus, pasaron a restringir su admisibilidad cuando el acto ilegal fuere pasible de impugnación por la vía de recurso propio, sin olvidar la posibilidad de concesión de la orden, de oficio, en los casos de flagrante delito.

"El sistema procesal patrio no adopta el sistema acusatorio puro. Por eso, no hay nulidad cuando, diversamente de lo requerido por el Ministerio Público, en alegaciones finales, el magistrado reconoce la responsabilidad del reo, o lo hace por infracción penal más grave que aquella que, al cabo de la instrucción, entendió el Ministerio Público por ser la adecuada al comportamiento del acusado (HC n. 196.421/SP, Sexta Cámara, Ref. Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/2/2014). Así, en el caso, no hay que hablar de nulidad de la condenación del paciente por el simple hecho que el fiscal haya requerido su absolución. (HC 407.021/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Cámara, juzgado el 19/09/2017, DJe 25/09/2017)".

Habeas corpus no conocido. (BRASIL, STJ, 2017).

El Art. 3º-A del CPP señala que la estructura es acusatoria. La jurisprudencia y la literatura jurídica coadunan con la previsión legal. Sin embargo, hay previsiones legales que autorizan al juez a

actuar en substitución de la acusación. Esas disposiciones legales, aunque cuestionables, son convalidadas por la jurisprudencia dominante. Para conciliar esas perspectivas aparentemente contrarias, es posible sostener que el sistema de Brasil es pseudoacusatorio. El legislador brasileño parece haber adoptado esa preferencia al incluir artículos como el 28-A, § 5º; -209; -212, párrafo único; -234; y 385, todos del CPP.

4 CONCLUSIÓN

Como expuesto durante el trabajo, el artículo 3º-A del CPP brasileño señala que la estructura procesal adoptada sería la acusatoria. A diferencia de la estructura inquisitiva que prevé la concentración de las funciones de investigación, acusación y juzgamiento en una única persona o órgano y diferente de la estructura mixta que mezclaría la inquisitiva con la acusatoria, la estructura apuntada en la referida disposición legal presupone la separación de las funciones de investigar, acusar y decidir.

Corroborando con la previsión legal está la literatura jurídica, conforme las afirmaciones de Pacelli, Brasileiro de Lima y otros. De una forma general la jurisprudencia también señala el sistema acusatorio como el adoptado en Brasil, pareciendo haber una convergencia de entendimientos entre el legislador, la academia, el operador del derecho y el juez.

Sin embargo, al ser constatada la existencia de previsiones legales que autorizan al juez a producir pruebas, dirimir controversias e incluso condenar cuando hay un pedido absolutorio del Ministerio Público, surge duda en cuanto a la pureza acusatoria de ese sistema. Tales disposiciones que parecen permitir al juez substituir la acusación se alejan de la lógica procesal del *in dubio pro reo* y se aproximan a lo descrito *in dubio pro hell*.

Considerando que el sistema brasileño no es inquisitivo o mixto, y que esos modelos sufren objeciones y rechazos por la literatura y por la jurisprudencia, se concluye, al menos, que la estructura del proceso penal brasileño es acusatoria impura, o como sugerido, pseudoacusatoria.

REFERENCIAS

BRANDÃO, Claudio Bezerra. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Editora Almedina, Coimbra, 2012.

BRANDÃO, Claudio Bezerra. **Teoria Jurídica do Crime**. Editora D'Plácido. Belo Horizonte, 2019.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Curso de Processo Penal**. Editora Impetus. Niterói, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consulta realizada em 03/05/2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de13689.htm. Consulta realizada em 03/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.658.752. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1.658.752&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Consulta realizada em 03/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 404.228. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=HC+404228&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>.

Consulta realizada em 03/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.612.551. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=1.612.551&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Consulta realizada em 03/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 446.896. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=HC+446896&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Consulta realizada em 03/05/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário com agravo 1.002.209. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%281002209%2ENUME%2E+OU+1002209%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9n48bva>. Consulta realizada em 03/05/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação criminal 1.0702.09.565907-5/001. Disponível: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=CE5E8334C19B0B08B43F8E26E4F8A63E.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.09.565907-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Consulta realizada em 03/05/2020.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4ª edição. Editora Del Rey. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 20ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.

COLEN, Guilherme Coelho; GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos; OLIVEIRA, Allan Helber de (organizadores). **Direito processual atual**. Editora Mandamentos. Belo Horizonte, 2002.

CRUZ, Clenderson. **A ampla defesa no processualidade democrática**. Belo Horizonte: Editora Lumen Juris, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, volume I. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2007.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Dos pressupostos processuais penais**. Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

ROSA, Alexandre de Moraes; KHALED JR. Salah. **In dubio pro hell. Profanando o sistema penal**. Editora EMais, 3ª edição. Florianópolis, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª edição. Editora JusPodvm, Salvador, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. Editora Saraiva. São Paulo, 2009.

VEIGAS, Carlos Athayde Valadares. **Legitimidade democrática da jurisdição constitucional**. Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2014.

VILAS BOAS NETO, Francisco José. O artigo 385 do código de processo penal brasileiro e o sistema processual acusatório. **Revista Pensamiento Penal**, s.v., s.n., 2017. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45344-o-artigo-385-do-codigo-processo-penal-brasileiro-e-o-sistema-processual-acusatorio>

VILAS BOAS NETO, Francisco José. A imoralidade como direito fundamental e a etiqueta do direito penal. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v.4, n. 1, p. 106-124. 2018. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/3946/pdf>

VILAS BOAS NETO, Francisco José; MAIA, Tomiko Yoshimura Carvalho. A fundamentação das decisões e o exercício efetivo do contraditório. **E-Legis**, v.12, n. 30, p. 194-210, set./dez., p. 194-210, 2019. Disponível em <http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/527/691>