

Obligatoriedad de la acción penal pública e *in dubio pro societate* en el Proceso penal brasileño: repensando antiguos mitos ^(*)^()**

Obligatoriness of public criminal prosecution and *in dubio pro societate* in Brazilian Criminal Procedural Law: rethinking old myths

Thadeu Augimeri de Goes Lima¹

Sumario: Consideraciones introductorias. **1.** El ejercicio de la acción penal de iniciativa pública y la obligatoriedad. **2.** La falacia del *in dubio pro societate*. – A manera de conclusión. – Referencia bibliográfica.

Resumen: El presente trabajo, que se desarrolla en forma de breve ensayo, traza algunas líneas críticas acerca de la obligatoriedad de la acción penal de iniciativa pública y del aforismo *in dubio pro societate*, dos temas que quedaron alzados

(*) Recibido: 06/02/2020 | Aceptado: 24/02/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

(**) Una versión en portugués de este artículo se publicó originalmente en Cambi y Margraf (2016: 493-507), y después también en Derecho y Cambio Social n. 58, oct-dic. 2019.

¹ Doctor en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho del Largo de São Francisco, de la Universidad de São Paulo (USP). Magíster en Ciencia Jurídica por la Universidad Estadual del Norte de Paraná (UENP). Especialista en Derecho y Proceso Penal por la Universidad Estadual de Londrina (UEL). Miembro-fundador, vicepresidente e investigador del Instituto Ratio Juris – Investigación, Publicaciones y Enseñanza Interdisciplinarias en Derecho y Ciencias Afines. Director y profesor de la Fundación Escuela del Ministerio Público del Estado de Paraná (FEMPAR), unidad de Londrina. Promotor de Justicia (Fiscal) de Entrancia Final del Ministerio Público (Fiscalía) del Estado de Paraná, titular en la Comarca de la Región Metropolitana de Londrina.
taglima@gmail.com

a una verdadera dimensión mítica en la comprensión y la operacionalización del Derecho Procesal Penal brasileño, en especial apuntando ciertas disfunciones que ellos son capaces de dar en la realidad del sistema de Justicia Criminal.

Palabras clave: Proceso penal brasileño, obligatoriedad de la acción penal pública, *in dubio pro societate*.

Abstract: The present work, which is developed in the form of a short essay, draws some critical lines about the obligatoriness of public criminal prosecution and the aphorism *in dubio pro societate*, two themes that were elevated to a true mythical dimension in the understanding and the operationalization of Brazilian Criminal Procedural Law, in particular pointing out certain dysfunctions that they are able to cause in the Criminal Justice system's reality.

Key words: Brazilian Criminal Procedural Law, obligatoriness of public criminal prosecution, *in dubio pro societate*.

Consideraciones introductorias

La obligatoriedad de la acción penal de iniciativa pública y el aforismo *in dubio pro societate* son dos temas que quedaron alzados a una dimensión mítica en la comprensión y en la operacionalización del Derecho Procesal Penal brasileño.

En efecto, ambos constituyen verdaderos mitos que informan la teoría y la praxis de la persecución penal bajo la égida del ordenamiento jurídico brasileño, aquí tomado el vocablo mito en la acepción que le confiere Raimon Pannikar, como “el horizonte invisible en que proyectamos nuestras nociones del real” (apud Eberhard, 2002: 507).

Es fácil observar que ellos disfrutaron de amplia aceptación doctrinal y jurisprudencial y usualmente orientan en concreto las posturas del Ministerio Público (como se llama la Fiscalía en Brasil) y del juez en el umbral (formación de la *opinio delicti*/deducción de la acusación) y en la etapa intermedia (juicio de admisibilidad/viabilidad de la acusación) del proceso penal condenatorio, no raras veces siendo explícitamente invocados como motivos de las manifestaciones ministeriales (= fiscales) exaradas y de las decisiones judiciales adoptadas durante tales fases del curso procedimental.

El presente trabajo, que se desarrolla en forma de breve ensayo, pretende justamente trazar algunas líneas críticas acerca de los temas en aprecio, en especial apuntando ciertas disfunciones que son capaces de dar en la realidad del sistema de Justicia Criminal.

1. El ejercicio de la acción penal de iniciativa pública y la obligatoriedad

Aunque no existe en el Código de Proceso Penal brasileño (Decreto-ley 3.689/1941) un dispositivo legal que contemple de forma expresa e inequívoca la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal de iniciativa pública por el Ministerio Público (= Fiscalía), su asentamiento como paradigma por el Derecho brasileño es reconocida por una parte significativa de la doctrina, al menos en lo que se refiere a la gran generalidad de las infracciones penales.²⁻³

En efecto, se suele sostener que, una vez comprobada, a partir de los elementos recogidos en investigación preliminar o constantes de piezas informativas, la presencia de las *condiciones para el ejercicio regular de la*

² La obligatoriedad del ejercicio de la acción penal de iniciativa pública es comúnmente referida como un *principio* del Derecho Procesal Penal brasileño (cf. Souza, 1979: 17; Jardim, 2001; Jardim, 2005: 85; Silva, 2000: 31-32; Machado, 2009: 171). Vicente Greco Filho (1998: 119) y Vladimir Stasiak (2004: 101-103), a sus veces, prefieren tratar la obligatoriedad (o *necesidad*) como una *característica* de la acción penal de iniciativa pública. Por fin, Rogério Lauria Tucci (2002: 116-120; 224-227) y Aury Lopes Jr. (2009: 368) a conciben como una *regla*. Para Tucci, incluso, hay *sólo un verdadero principio procesal penal*, aquel que el autor llama de *principio publicístico* y de que derivan todas las reglas de esa rama jurídica. Afrânio Silva Jardim (2001: 91 ss) y Eduardo Araujo da Silva (2000: 32-33) deducen el principio de la obligatoriedad de la acción penal a partir de la exégesis sistemática no sólo de preceptos del Código de Proceso Penal brasileño, sino también de otras leyes extravagantes (v.g., Ley 1.521/1951, Código Electoral y Decreto-ley 201/1967).

³ Varios juristas vieron en el instituto de la transacción penal (art. 76 de la Ley 9.099/1995) la consagración de un cambio paradigmático en el ámbito de la represión a las infracciones penales consideradas de menor potencial ofensivo, caminando de la tradicional obligatoriedad a la llamada *oportunidad reglada* o *discrecionalidad reglada* o *regulada*, mediante la cual el *Parquet* pasó a disponer de una tercera vía alternativa al binomio *archivo-acción penal*, consistente en la posibilidad de inmediata y consensual aplicación de sanción penal no privativa de libertad al indigitado infractor (cf. Grinover et al., 2000: 95-96; Silva, 2000: 56 ss; Lopes Jr., 2009: 370). Se advierte que, para Afrânio Silva Jardim (2001: 106-109) y Maria Lúcia Karam (2004: 85-94), sin embargo, la transacción penal consiste en verdadera demanda penal abreviada propuesta ante el Juicio Especial Criminal.

*acción penal*⁴ y de la *justa causa*⁵, corresponde al Ministerio Público (= Fiscalía) impulsar el proceso penal condenatorio, mediante el instrumento denominado denuncia (= petición inicial del proceso penal condenatorio para las infracciones penales de acción pública). Se trata de un *acto jurídicamente vinculado*, no cabiendo al agente fiscal dejar de formular la acusación y de deducir en juicio la pretensión procesal basado en criterios de oportunidad y conveniencia, aunque plenamente loables bajo las perspectivas político-criminal o social y ante las peculiaridades del caso concreto.

La obligatoriedad del ejercicio de la acción penal pública claramente se inspira en la idea de que *nec delicta maneat impunita* y en la utópica meta del *full enforcement*, de acuerdo con las cuales corresponde al Estado perseguir y castigar todo y cualquier ilícito penal practicado (Silva, 2000: 31; Gomes, 1997: 45).

Ocurre que la realidad es pródiga en confrontar las aspiraciones teóricas e incluso las legales y forzar, si no su abandono, que sean repensadas.

⁴ No hay unanimidad de entendimiento acerca de las condiciones para el legítimo ejercicio de la acción penal. En efecto, la posición defendida por nombres como Antonio Acir Breda (1980: 177-178), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1989: 145) y Aury Lopes Jr. (2009: 349-366) las presenta como la *tipicidad objetiva* (o *aparente*), la *punibilidad concreta*, la *legitimidad de las partes* y la *justa causa*. La corriente ampliamente mayoritaria, con la cual en parte concordamos, afirma que son, en principio, idénticas las condiciones de la acción en los procesos civil y penal, aunque con contenidos ligeramente diversos, admitiendo también otras, concernientes sólo al último. Se puede dividir las, por tanto, en *condiciones genéricas*, es decir, la *posibilidad jurídica del pedido*, la *legitimidad de las partes* y el *interés en obrar*, y *condiciones específicas de procedibilidad*. Sobre el tema, con acurada apreciación crítica de los posicionamientos mencionados, v. también Stasiak, 2004.

⁵ El concepto de *justa causa para la acción penal* está lejos de ser unánime. En la doctrina y en la jurisprudencia brasileñas se pueden cosechar dos acepciones principales, una más restringida y otra más amplia. La primera equipara la justa causa al lastre probatorio mínimo relativo a la materialidad y a la autoría de la infracción exigido para la proposición de la acción penal condenatoria, comúnmente insertándola en el interés en obrar. La última, interpretando *contrario sensu* el art. 648 del CPP, la considera como el soporte fáctico y jurídico necesario para hacer lícita la coacción representada por el proceso criminal, involucrando la presencia de aquel conjunto indiciario, de los presupuestos procesales, de las condiciones de la acción, de la tipicidad, de la ilicitud y de la culpabilidad aparentes y de la punibilidad concreta. Sobre el tema, indispensable la lectura de las obras de José Barcelos de Souza (1995: 77-78; 147 ss) y de Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2001: 165-223; 237-261). Afrânio Silva Jardim (2005: 95-99), Maria Lúcia Karam (2004: 143) y Eugênio Pacelli de Oliveira (2006: 96-97) enseñan que la justa causa es una cuarta condición de la acción penal condenatoria, al lado de la posibilidad jurídica del pedido, de la legitimidad de las partes y del interés en obrar, cuyas configuraciones no desatan de las sedimentadas en el proceso civil. Entendemos que la justa causa no se inserta en el ámbito del interés en obrar ni es una cuarta condición de la acción penal condenatoria, pero se trata de una técnica procesal que impone al magistrado el análisis acerca del mérito de la acusación basada en cognición sumaria, necesaria para resguardar al individuo de acusaciones temerarias.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, se verificó en todo el mundo un considerable aumento de los índices de criminalidad, como consecuencia de la crisis social sin precedentes y de la modernidad de la vida en sociedad, sobrecargando el trabajo de la Justicia Criminal. En vista de la avalancha de casos penales, las instancias formales de control no pudieron darles adecuada salida, comprometiendo la investigación y el enjuiciamiento de las infracciones consideradas más graves y complejas, las cuales demandan de los operadores jurídicos mayor tiempo y mejor preparación técnica (Silva, 2000: 13).

Por otra parte, como bien recuerda Luiz Flávio Gomes (1997: 45), también contribuyeron al debilitamiento de la apuesta en la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal pública las constataciones empírico-criminológicas relativas a los altos índices de *cifra negra o oculta* (crímenes no descubiertos, no perseguidos o no sancionados), así como al intrínseco funcionamiento *selectivo y discriminatorio* del sistema penal, que han venido a comprobar la enorme distancia – lamentablemente frecuente – entre la *law in books* y la *law in action*.

Raúl Cervini (2002: 73) advierte que los objetivos declarados del sistema penal, en el plano del discurso jurídico, son la igualdad (es decir, la absoluta sumisión a la ley de todos los habitantes del territorio de determinado Estado, cualquiera que sea la posición social que ocupan o la función que desempeñan), la seguridad jurídica y la prevención general. En realidad, sin embargo, por el juego de las relaciones y factores de poder, se nota una desfiguración de tales principios y el sistema funciona exactamente al contrario de sus declaraciones de metas y objetivos, es decir, de forma selectiva, marginalizante, estigmatizante y condicionante.

Con orientación similar, Nereu José Giacomolli (2006: 23) subraya que, en la actualidad, el afán de criminalizar del legislador, que busca en el Derecho Penal, de forma equivocada, la solución para disminuir o eliminar la criminalidad, conduce a una espiral inflacionaria de tipos penales, ya que el incremento de la criminalidad es directamente proporcional a la proliferación de los tipos penales. La consecuencia es la imposibilidad del Estado de investigar y enjuiciar todas las infracciones penales y de dar respuesta pronta y eficaz al fenómeno de la criminalidad. Es una de las causas de la llamada crisis de la Justicia Penal. El Estado, que ha tomado para sí la tarea de investigar las infracciones penales y de castigar a los culpables, se encuentra incapaz de cumplir bien su misión, debido no sólo al aumento de la criminalidad, sino también a la variación de sus formas. Estos fenómenos avivan la discusión sobre la criminalización, la despenalización, el consenso y la oportunidad en el Proceso Penal.

La *crisis numérica de doble cara* que asola el sistema de Justicia Criminal brasileño, de un lado representada por la cifra negra de la delincuencia grave y oculta, que escapa a las instancias oficiales de control, y de otro representada por el excesivo volumen de casos penales y por la carencia de agentes estatales suficientes para hacerles frente y darles una resolución de modo cualitativo y temporalmente adecuado, impone repensar seriamente y mitigar un tanto más el dogma de la obligatoriedad de la acción penal, en busca de una planificación estratégica político-criminal capaz de elegir prioridades y diversificar las respuestas a la criminalidad de escasa trascendencia jurídico-social.

Se ha llegado el momento de admitir que el art. 129, inc. I, de la Constitución de la República Brasileña de 1988, el cual incumbe al Ministerio Público (= Fiscalía) la tarea de “promover, privativamente, la acción penal pública, en la forma de la ley”, no se resume a una *cláusula de legitimación activa exclusiva* para el proceso penal condenatorio relativo a las infracciones sujetas a la acción de iniciativa pública. El enunciado en aprecio comete al *Parquet*, sobre todo, el papel de legítimo *gatekeeper* del sistema de Justicia Penal, para verdaderamente *decidir en primer plano cuáles casos penales merecen en él ingresar*, por obvio mediante criterios racionales y objetivos, jurídicamente aceptables e intersubjetivamente controlables (v.g., en la forma del art. 28 del Código de Proceso Penal brasileño).⁶ En el plano infraconstitucional, además, tal propuesta ya es posible *de lege lata*, o sea, independientemente de reformas legislativas.

Es útil traer a la colación el magisterio de José Frederico Marques (1965: 338-339), que desde hace mucho tiempo, y con apoyo en el entendimiento de Euclides Custódio da Silveira, preconizaba una solución semejante. Conforme al fallecido maestro paulista, una cierta mitigación al principio de la obligatoriedad se contiene en el art. 28 del CPP, ya que el dispositivo hace mención a “razones invocadas” para la promoción de archivo por el órgano del Ministerio Público (= Fiscalía), las cuales el juez debe examinar para evaluar si proceden o no. De este modo, no aclarando el precepto normativo que razones son éstas, nada impide que el agente ministerial (= Fiscal) suscite motivos de oportunidad que, si son pertinentes, pueden ser acogidos

⁶ CPP brasileño: “Art. 28. Si el órgano del Ministerio Público [= Fiscalía], en lugar de presentar la denuncia [petición inicial del proceso penal condenatorio], solicitar el archivo de la investigación policial o de cualquier pieza de información, el juez, en el caso de considerar improcedentes las razones invocadas, hará remisión de la investigación o piezas de información al Procurador-General [Fiscal General] y éste ofrecerá la denuncia, designará otro órgano del Ministerio Público para ofrecerla, o insistirá en el pedido de archivo, al que sólo entonces estará el juez obligado a atender.”

por el magistrado, de inmediato, o por el Procurador-General (= Fiscal General), cuando es provocado a la revisión de la resolución de no acusar.

Más recientemente, Luís Wanderley Gazoto (2003: 111-112) también aportó argumentos bastante precisos sobre la necesidad y la posibilidad de relativizar la obligatoriedad de la acción penal pública. Según él, el proceso penal es una actividad estatal que, como todas las demás, no encuentra su finalidad en sí misma, alcanzando su razón teleológica en la utilidad pública que desempeña. No se mueve la máquina judicial en persecución penal por mero deleite, para simplemente verla en movimiento. Como en toda actividad estatal, subyacente a ella hay un interés que la motiva y la anima, es decir, la definición de la responsabilidad penal de alguien. Cualquier otro objetivo será accesorio o abusivo, y, inexistente el interés principal, perecen todos los demás.

Prosigue el autor (Gazoto, 2003: 112), afirmando que el ejercicio de la acción penal pública sólo encuentra amparo si se alía a la posibilidad de la obtención de resultado práctico. Desvestido de la posibilidad de éxito, constituirá desperdicio de servicios públicos y peligrosa provocación de daños imputables a la Unión o al Estado. La persecución penal, como cualquier actividad pública que implique administración de recursos escasos, no es algo que se haga desorganizada y aleatoriamente. Por eso, la Constitución Federal Brasileña atribuyó privativamente al Ministerio Público (= Fiscalía) tal función, esperando, de su ejercicio, tratamiento racional y eficiente.

Por nuestra parte, con lastre en las ponderaciones arriba registradas y de *lege lata*, sostenemos la comprensión de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal de iniciativa pública como una *regla general, pero flexible, o sea, abierta a temperamentos*. Así, habiendo motivos relevantes, de índole político-criminal o social – aquí insertados los propios intereses de los involucrados en la infracción penal, cuando no desborda del contexto intersubjetivo y por lo tanto no causa sensible sacudida comunitaria, por ejemplo, en hipótesis de recuperación de saludable convivencia entre el agresor y la víctima en casos puntuales de violencia doméstica y familiar, o de composición entre el sujeto activo y el ofendido en los crímenes patrimoniales perpetrados sin violencia o grave amenaza, entre otras –, debese permitir al *Parquet* la abstención de acusar, autorizándose el archivo de los autos de la investigación criminal o de las piezas informativas, pero obviamente le cobrando para tanto fundamentación racional, concreta e idónea.

Resultará en un factible intento de reducir la sobrecarga del sistema de Justicia Criminal brasileño, retirándole los casos pasibles de ser manejados

y solucionados en otras esferas de la vida social, preferentemente las no institucionalizadas, tal como se da en el panorama de la justicia restaurativa, y dirigiendo los esfuerzos y los recursos públicos para elucidar y reprimir efectivamente los delitos que lesionan o amenazan los bienes jurídicos más caros a la comunidad.

2. La falacia del *in dubio pro societate*

La famosa locución latina *in dubio pro societate* consiste en un *adagio*, *axioma*, *aforismo* o *brocardo*, vale decir, una sentencia o máxima doctrinal dotada de significación jurídica y expresada de forma breve y objetiva, que es reputada por expresiva parte de la doctrina y de la jurisprudencia brasileñas un verdadero *principio* orientador de las etapas inicial e intermedia de la persecución penal, o sea, que supuestamente en vigor desde la fase investigativa hasta la ocasión del juicio de admisibilidad/viabilidad de la acusación. En efecto, se afirma que, durante la investigación criminal y en los momentos de la formación de la *opinio delicti* por el Ministerio Público (= Fiscalía) y de la apreciación judicial preliminar de la acción penal, así como al final de la primera fase del rito especial previsto para el proceso y juicio de los crímenes de competencia del Jurado Popular, conocida como fase de la *judicium accusationis*, cualquier duda en la valoración de los elementos informativos o de convicción producidos debe ser resuelta “en favor de la sociedad”, lo que significa impulsar la persecución penal a continuación (cf. Bonfim, 2010: 525; 555; Demercian y Maluly, 2009: 388; y Feitoza, 2008: 109-110).

Si es cierto que el *in dubio pro societate* tiene su utilidad en el curso de la fase investigativa de la persecución penal, puesto que se desarrolla estructurada en *juicio de mera posibilidad* (Lopes Jr., 2006: 106-107; Lima y Prado, 2014: 121 -122), se trata de verdadera falacia en lo que se refiere a las etapas subsiguientes. En efecto, la irreflexiva acogida del adagio vulnera no sólo las *garantías constitucionales procesales del imputado*, sino también el propio *interés público a la represión penal efectiva*.⁷

En la óptica de las garantías del imputado, aclara Antônio Alberto Machado (2009: 168) que toda acusación y su respectivo recibimiento en juicio, así como la existencia de indicio respecto del individuo sospechoso de la práctica de crimen, deben ser hechos sólo y tan sólo cuando haya un lastre probatorio mínimo y razonable. Ninguna acusación, al menos en los Estados civilizados, será hecha sin que haya un *fumus* razonable de su admisibilidad.

⁷ Represión penal efectiva que, en el Estado Democrático de Derecho, debe ser siempre comprendida en relación de mutua complementariedad, y no de exclusión, con el irrestricto respeto a los derechos fundamentales, cf. Lima y Prado, 2014: 125.

La ausencia de ese “soporte mínimo” para la acusación fulmina de muerte el debido proceso legal.

A su vez, Alberto M. Binder (2003: 187) resalta que los juicios deben ser convenientemente preparados y que se debe llegar a ellos después de una actividad responsablemente conducida. El juicio es público y eso significa que el acusado deberá defenderse en un proceso abierto, que puede ser de conocimiento de cualquier ciudadano. Así como la publicidad implica una garantía en la estructuración del proceso penal condenatorio, también tiene un costo: aunque la persona sea absuelta y sea comprobada su inocencia, el hecho de haber sido sometida a juicio siempre significará una cuota considerable de sufrimiento, de gastos y de descrédito público. Por estas razones, un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también, que la decisión de someter al acusado a juicio no sea precipitada, superficial o arbitraria.

En la lección de Aury Lopes Jr. (2009: 370), la acusación no puede, ante la innegable existencia de penas procesales, ser liviana y desnuda de un soporte probatorio suficiente para justificar la vergüenza que representa la asunción de la condición de acusado.

De acuerdo con él, no sólo no existe en el plano normativo la previsión del *in dubio pro societate* como, si existiese, sería inconstitucional, porque, al afirmar que en la duda se debe proceder contra una persona, estaría siendo anulada la protección constitucional de la presunción de la inocencia, antes incluso de iniciar el proceso. Enfatiza el autor que no hay amparo constitucional para el brocardo en ningún momento y en ningún procedimiento, ni siquiera en el rito de los crímenes sometidos al Jurado Popular (Lopes, 2006: 108).

Por lo demás, es en este ámbito que más suscita preocupación la acrítica invocación del aforismo, al final de la primera etapa del procedimiento, la de la *instrucción preliminar*, también conocida por *judicium accusationis*. Esta fase tiene por finalidad primordial efectuar el control de la *viabilidad de la acusación*, en sentido más amplio que la de la sencilla *admisibilidad*. Por *viabilidad* queremos significar sobre todo la *fiscalización cualitativa de la acusación* en cuanto a la *probabilidad de procedencia*, ya que, estando el juicio por el Jurado inscrito en la Ley Mayor como un *derecho fundamental individual* (art. 5º, inc. XXXVIII), sería absurdo someter al acusado a los riesgos de un veredicto condenatorio, proferido por *íntima convicción* por el Jurado, ante acusación temeraria o poco respaldada (Greco Filho, 1998: 416).

Así, nos parece que la máxima *in dubio pro societate* debe, aquí y con mucho más razón, ser más seriamente repensada, tomando como base la idea de los *modelos de constatación o estándares de prueba*.⁸ La expresión debe ser comprendida no en el sentido de bastar, para el impulso a la fase de juicio en plenario, la *verosimilitud de la imputación*, propia del juicio de recepción de la acusación – pues de esta forma la instrucción preliminar sería de todo innecesaria –, pero tampoco en el sentido de exigir la *prueba más allá de la duda razonable* necesaria para el juicio condenatorio penal, o incluso la *prueba clara y convincente* necesaria, por ejemplo, para el juicio de responsabilidad civil del agente público por acto de improbidad administrativa.

Por implicar actividad instructiva y cognitiva relevante y profundizada, pero aún no exhaustivo – dada la estructura ritual de dos fases y la posibilidad de continuidad y complementación de la producción probatoria –, el modelo de constatación mínimo adecuado en cuanto a la autoría o la participación del imputado, para la conclusión del *judicium accusationis*, debe ser el de *preponderancia de las pruebas*.⁹ Por lo tanto, el razonamiento a ser empleado es el de indagar si el conjunto probatorio reunido apunta prevalentemente para la culpabilidad del acusado, tal como se afirma en la acusación. En este modelo merece ser interpretada – según la Constitución y las características teleológicas y procesales de la fase instructiva previa – la dicción “indicios suficientes de autoría o participación”, traída en los arts. 413, *caput*, y 414, *caput*, ambos del CPP brasileño.¹⁰ De resultar positiva esa apreciación, tendrá lugar la decisión de pronunciación, que remitirá el hecho al juez natural, es decir, el Tribunal del Jurado. De resultar negativa, tendrá lugar una sentencia que hará cesar el curso procesal.

Por otro lado, habiendo *prueba clara y convincente* sobre la inexistencia del hecho o la desvinculación personal del acusado, así como sobre la presencia

⁸ Acerca del tema, v. Tarufo, 2005: 115-126; y Knijnik, 2007: 15 ss.

⁹ Se observa que, en lo que se refiere a la *materialidad del hecho delictivo*, el propio art. 413, *caput*, del CPP exige como estándar probatorio mínimo la *prueba clara y convincente*, no imponiendo desde luego que la comprobación ocurra *más allá de la duda razonable*.

¹⁰ CPP brasileño:

“Art. 413. El juez, fundamentadamente, pronunciará al acusado, si convencido de la materialidad del hecho y de la existencia de indicios suficientes de autoría o de participación.

[...]

Art. 414. Si no se convence de la materialidad del hecho o de la existencia de indicios suficientes de autoría o de participación, el juez, fundamentadamente, impronunciará al acusado.

Párrafo unico. Mientras no ocurra la extinción de la punibilidad, podrá ser formulada nueva denuncia o queja [= acusación] si hay prueba nueva.”

de causa excluyente de la tipicidad, de la ilicitud o de la culpabilidad, cabrá al magistrado *absolver sumariamente* el imputado (art. 415 del CPP), mientras que, ante una *prueba clara y convincente* y concluyendo el juzgador, en la *operación intelectual* de encuadramiento típico, por la ocurrencia de crimen diverso del doloso contra la vida, deberá promover la *desclasificación* y encaminar los autos al órgano competente para proseguir en el análisis del caso penal (art. 419 del CPP).¹¹ Es comprensible, en el momento procedimental en pantalla, que el estándar probatorio necesite ser algo más alto que el criterio de la preponderancia para justificar la abreviatura del proceso y la inmediata absolución del imputado o la desclasificación del delito, a fin de no excluir precipitada e indebidamente del Jurado Popular el juicio de la causa, después del agotamiento de las oportunidades de instrucción.

Ahora, bajo el ángulo del interés público a la represión penal efectiva, un acucioso y realista análisis hace percibir que el *in dubio pro societate*, en verdad, culmina por operar en desfavor de la propia sociedad que intenta beneficiarse.

En efecto, los operadores jurídicos que actúan en el ámbito criminal tienen la noción de que el cuadro probatorio cristalizado en la investigación criminal tiende, en la inmensa mayoría de las veces, a ser reflejado o hasta a sufrir algún debilitamiento en el curso de la subsecuente instrucción procesal. Sólo en rarísimos casos él experimenta cualquier mejora, pudiendo por lo tanto servir *ab initio* para un seguro pronóstico acerca del *resultado* del proceso penal condenatorio.

De hecho, es posible, a partir del cuadro probatorio producido en la fase investigativa, prever cuáles son las *posibilidades de procedencia y de improcedencia* de la eventual acusación, incluso porque no se ignora que, en el momento de la sentencia, el canon del *favor rei* y la regla de juicio

¹¹ CPP brasileño:

“Art. 415. El juez, fundamentadamente, absolverá desde luego al acusado, cuando:

I – probada la inexistencia del hecho;

II – probado no ser él autor o partícipe del hecho;

III – el hecho no constituir infracción penal;

IV – demostrada causa de exención de pena o de exclusión del crimen.

[...]

Art. 419. Cuando el juez se convence, en desacuerdo con la acusación, de la existencia de crimen distinto de los referidos en el § 1º del art. 74 de este Código [= crímenes dolosos contra la vida] y no sea competente para el juicio, remitirá los autos al juez que lo sea.”

consustanciada en la máxima *in dubio pro reo* imponen, frente a alguna duda razonable, la absolución del imputado.

Por lo tanto, la proposición de acción penal por el Ministerio Público, cuando se vislumbra prospectivamente un considerable margen probabilístico de improcedencia de la pretensión procesal, es decir, actuando “en la duda, en favor de la sociedad”, se muestra una conducta sobre todo temeraria y precipitada, una vez que, transitado en juzgado el *decisum* absolutorio, nada más podrá ser hecho. Aunque surgieran nuevas y bastantes pruebas indicativas de la culpa de lo imputado, la oportunidad de procesarlo y buscar su debida responsabilización penal ya habrá sido irremediabilmente desperdiciada, lo que evidencia el equívoco que lleva, en la hipótesis, el aforismo *in dubio pro societate*.

Ante un cuadro probatorio desnudo de mayor robustez, por lo tanto, recomienda la mejor cautela al *Parquet* la opción por el archivo de la investigación criminal o de las piezas de información, valiéndose de la posibilidad de reanudación de la persecución penal *si y cuando* conocidos nuevos elementos de convicción, en el marco del art. 18 del Estatuto Instrumental Criminal y de la Súpula 524 del Supremo Tribunal Federal, de modo que no perjudique irreversiblemente el interés público a la represión penal efectiva por lo cual es constitucionalmente encargado de velar.¹²⁻¹³

A manera de conclusión

De acuerdo con Gustavo Calvino (2015), revitalizar el examen de ciertos temas, que se creen agotados, enfrentándolos bajo las circunstancias y la realidad de nuestro tiempo, muchas veces puede resultar un ejercicio interesante y constructivo.

Los temas que optamos por abordar en estas breves líneas, cuales son, la *obligatoriedad de la acción penal de iniciativa pública* y el aforismo *in dubio pro societate* – y como dejamos registrado desde el principio –, merecen permanecer constantemente en el foco de las discusiones críticas, en función de la *dimensión mítica* a la que quedaron alzados en la comprensión y en la operacionalización del Derecho Procesal Penal brasileño.

¹² CPP brasileño: “Art. 18. Después de ordenado el archivo de la investigación por la autoridad judicial, por falta de base para la denuncia, la autoridad policial podrá proceder a nuevas investigaciones, si de otras pruebas tiene noticia.”

¹³ Súpula 524 del Supremo Tribunal Federal: “Archivado la investigación policial, por despacho del juez, a petición del fiscal, no puede iniciarse la acción penal, sin nuevas pruebas.”

El presente ensayo, al fin y al cabo, más que un intento de ofrecer respuestas a las múltiples y variadas indagaciones que despiertan, es una invitación a nuevas preguntas.

Referencia bibliográfica

- Binder, Alberto M. (2003). **Introdução ao direito processual penal**. Traducción de Fernando Zani, con revisión y presentación de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Bonfim, Edilson Mougenot (2010). **Curso de processo penal**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- Breda, Antonio Acir (1980). “Efeitos da declaração de nulidade no processo penal”. **Revista do Ministério Público do Estado do Paraná**, 9: 171-189.
- Calvinho, Gustavo (2015). “La regla ‘iura novit curia’ en beneficio de los litigantes”. Disponible em:
<<http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf>>
- Cambi, Eduardo y Margraf, Alencar Frederico (Org.) (2016). **Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná.
- Cervini, Raúl (2002). **Os procesos de descriminalização**. 2.^a ed. Traducción de Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli y Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (1989). **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá.
- Demercian, Pedro Henrique y Jorge Assaf Maluly (2009). **Curso de processo penal**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Eberhard, Christoph (2002). “Para uma teoria jurídica intercultural: O desafio dialógico”. **Direito e Democracia**, 3 (2): 489-530.
- Feitoza, Denilson (2008). **Reforma processual penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: Uma abordagem sistêmica**. Niterói: Impetus.
- Gazoto, Luís Wanderley (2003). **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: Uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. Barueri: Manole.

- Giacomolli, Nereu José (2006). **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: Na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Gomes, Luiz Flávio (1997). **Suspensão condicional do processo penal**: E a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Greco Filho, Vicente (1998). **Manual de processo penal**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- Grinover, Ada Pellegrini et al. (2000). **Juizados especiais criminais**: Comentários à Lei 9.099/95. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Jardim, Afrânio Silva (2001). **Ação penal pública**: Princípio da obrigatoriedade. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Jardim, Afrânio Silva (2005). **Direito processual penal**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Karam, Maria Lúcia (2004). **Juizados especiais criminais**: A concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Knijnik, Danilo (2007). **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense.
- Lima, Thadeu Augimeri de Goes. Obrigatoriedade da ação penal pública e *in dubio pro societate*: repensando antigos mitos. In: Cambi, Eduardo y Margraf, Alencar Frederico (Org.) (2016). **Direito e justiça**: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. p. 493-507.
- Lima, Thadeu Augimeri de Goes y Florestan Rodrigo do Prado (2014). “Delação anônima, persecução criminal e Constituição: Buscando o necessário equilíbrio entre os direitos fundamentais e a repressão penal eficaz”. **Argumenta**, 20: 109-126.
- Lopes Jr., Aury (2006). **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Lopes Jr., Aury (2009). **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, v. 1. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Machado, Antônio Alberto (2009). **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas.

- Marques, José Frederico (1965). **Elementos de direito processual penal**, v. 1, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Moura, Maria Thereza Rocha de Assis (2001). **Justa causa para a ação penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Oliveira, Eugênio Pacelli de (2006). **Curso de processo penal**. 6.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey.
- Silva, Eduardo Araujo da (2000). **Ação penal pública: Princípio da oportunidade regrada: Aplicação nos juizados especiais criminais**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas.
- Souza, José Barcelos de (1979). **Teoria e prática da ação penal**. São Paulo: Saraiva.
- Souza, José Barcelos de (1995). **Direito processual civil e penal**. Rio de Janeiro: Forense.
- Stasiak, Vladimir (2004). **As condições da ação penal: Perspectiva crítica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Taruffo, Michele (2005). “Tres observaciones sobre ‘Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar’, de Larry Laudan”. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 28: 115-126.
- Tourinho Filho, Fernando da Costa (1997). **Processo penal**, v. 1. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- Tucci, Rogério Lauria (2002). **Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais.