

Artículo

Tendencias del derecho penal enemigo en la jurisprudencia brasileña: un análisis de la eliminación de las garantías de procedimientos específicos a los jueces por parte de la Corte Suprema Federal

***Trends in enemy criminal law in Brazilian jurisprudence:
an analysis of the judge's removal of guarantees
by the Federal Supreme Court of specific procedures***

CAMILA SALDANHA MARTINS GACHINEIRO

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

saldanha.c@edu.pucrs.br

<https://orcid.org/0009-0001-2059-2491>

Recibido: 21/07/2025

Aceptado: 11/10/2025

<https://doi.org/10.36105/iut.2025n42.03>

RESUMEN

El presente artículo aborda la problemática acerca del juicio de constitucionalidad del juez de garantías y la exclusión de su aplicación a determinadas categorías penales, cuales son: los procedimientos de competencia del Tribunal del Jurado, los procedimientos originarios

CÓMO CITAR: Saldanha Martins Gachineiro, C. (2025). Tendencias del derecho penal enemigo en la jurisprudencia brasileña: un análisis de la eliminación de las garantías de procedimientos específicos a los jueces por parte de la corte suprema federal. *IURIS TANTUM*, No. 42, julio-diciembre, DOI: <https://doi.org/10.36105/iut.2025n42.03>



Esta obra está protegida bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial 4.0 Internacional.

de segundo grado de jurisdicción y los delitos que involucran violencia doméstica y familiar contra la mujer. Esto resultó importante en la medida en que los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo son retóricos y superficiales, no configurando una ratio coherente. Por ello, dicha exclusión arbitraria debe ser analizada a la luz de la teoría del derecho penal del enemigo, propuesta por Gunther Jakobs, con el fin de observar si la actitud de la Corte Suprema se ajusta a los criterios allí dispuestos y si estamos ante una creación de enemigos por parte del poder judicial brasileño en este caso específico.

Palabras clave: derecho penal del enemigo; juez de garantías; procedimientos colegiados; violencia doméstica y familiar contra la mujer; tribunal supremo federal.

ABSTRACT

This article addresses the issue of the constitutionality of the judge of guarantees and the exclusion of its application to certain criminal types, namely: proceedings under the jurisdiction of the Jury Court, proceedings originating in the Second Instance of Jurisdiction and crimes involving domestic and family violence against women. This was important to the extent that the arguments used by the Supreme Court are rhetorical and shallow, not constituting a coherent ratio. Therefore, such arbitrary exclusion must be analyzed in light of the theory of criminal law of the enemy, proposed by Gunther Jakobs, in order to observe whether the attitude of the Supreme Court is consistent with the criteria set forth therein and whether we are facing the creation of enemies by the Brazilian judiciary in this specific case.

Keywords: criminal law of the enemy; guarantee judge; collegial procedures; domestic and family violence against women; federal supreme court.

Introducción

El derecho penal contemporáneo está marcado por la creciente importancia atribuida a lo que se denomina sociedad de riesgo. Esta ha sido capaz de influenciar tanto la dinámica penal que ha modificado procedimientos, formas de imputación y tipos penales propios de la teoría clásica del delito.

Entre estos cambios, se destaca el surgimiento de lo que se ha denominado “Derecho Penal del Enemigo”. Se trata de una teoría propuesta por el doctrinario alemán Günther Jakobs, quien pretendía explicar la necesidad de apartarse de la norma garantista respecto de determinadas personas dentro de un ordenamiento jurídico, denominadas aquí como enemigos. Según esta premisa, existen determinadas personas que representan un riesgo para la sociedad y, por lo tanto, no merecen la aplicación de derechos y garantías fundamentales sobre ellas, ya que deben simplemente ser contenidas. Se diferencia de lo que el propio autor denomina Derecho Penal del ciudadano, una especie de imputación penal normal, destinada a los infractores ocasionales de la norma, quienes no representan un peligro para el sistema jurídico.

Como se puede observar, es una teoría bastante polémica, ya que pretende diferenciar a las personas dentro de un mismo ordenamiento jurídico, poniendo en entredicho el principio de igualdad. Además, pretende apartar determinados derechos y garantías fundamentales de estos supuestos enemigos, con el fin de proteger al Estado, y no al individuo, como presupone el derecho penal clásico.

No obstante, algunos criterios de esta teoría han sido utilizados, aunque de forma distorsionada, en nuestro ordenamiento jurídico, en determinadas decisiones judiciales, donde se justifica el apartamiento de derechos constitucionalmente asegurados bajo el argumento de protección de la norma y de la sociedad en su conjunto. Es el caso, por ejemplo, de los juicios relacionados con el caso Mensalão, la operación Lava Jato y, más recientemente, los delitos ocurridos el 8 de enero.

Sin embargo, este artículo pretende analizar específicamente un juicio: el reconocimiento de la constitucionalidad del juez de garantías. Ello porque, en esa ocasión, aunque se reconoció la constitucionalidad del instituto y se determinó su inclusión en el ordenamiento jurídico brasileño, se excluyó su aplicación en determinadas especies penales, a saber: los delitos juzgados por el Tribunal del Jurado, aquellos de competencia originaria de los Tribunales y, por último, los delitos de violencia doméstica y familiar contra la mujer.

En ese sentido, el objeto de este artículo versa precisamente sobre esta exclusión específica, en la medida en que es necesario cuestionar si esta actitud del Supremo Tribunal Federal no se alinea con los criterios de la teoría del derecho penal del enemigo al excluir una determinada garantía para ciertos autores penales. Para ello, se utilizarán métodos bibliográficos y jurisprudenciales, consistentes en el análisis de la doctrina sobre el tema, así como del fallo dictado por el Supremo Tribunal Federal.

Se abordarán, inicialmente, los presupuestos básicos de la teoría en cuestión, así como el funcionamiento, la problemática y el resultado del juicio relacionado con el instituto del juez de garantías. Finalmente, con tales cuestiones señaladas, el cuarto capítulo de este artículo abordará el tema principal, buscando ofrecer una respuesta a dicha cuestión.

Derecho penal y procesal penal del enemigo: la exclusión de garantías procesales de determinados autores

La discusión alrededor de la temática del derecho penal del enemigo aún es bastante reciente y genera numerosas dudas y críticas en nuestro sistema. Esto se debe a que el desarrollo de la sociedad contemporánea dio lugar a una comunidad basada en la idea de peligro derivado de las conductas humanas. Se trata de una sociedad de la inseguridad, que clama por la aparición de un derecho penal apto para proteger nuevos bienes jurídicos, fundado en el riesgo, en la expansión del poder punitivo a través de la anticipación de barreras de sanción, aceleración del curso de procedimientos instructivos, desproporciones en las consecuencias jurídicas, debilitación de las garantías procesales y también en la identificación de destinatarios mediante el derecho penal del autor en nombre de la operatividad de la intervención estatal (Moraes, 2011, p. 210).

Es en este contexto social donde surge la teoría del derecho penal del enemigo, concebida por el jurista alemán Gunther Jakobs. Inicialmente, esta teoría pretendía la criminalización de actos preparatorios y otras conductas basadas solo en el riesgo, siendo comprendida como una especie de derecho de emergencia. Sin embargo, a partir del 11 de septiembre, la teoría fue reformulada, dado que el modelo tradicional ya no era capaz de ofrecer respuestas a los tipos de criminalidad emergentes. Así, la idea sostenida pasó a ser que se deben tomar medidas extraordinarias para combatir a los individuos que incumplen las normas vigentes en el sistema, aquí denominados enemigos (Muñoz-Condé, 2012, p. 45).

Jakobs creó una diferenciación entre lo que llamó “Derecho penal del ciudadano” y “Derecho penal del enemigo”. La primera modalidad corresponde al modelo ideal, basado en el derecho penal democrático y de raíces ilustradas, en que el autor de determinado delito es considerado una persona racional que, en general, observa sus deberes hacia el colectivo, siendo su delito un desliz puntual. Este sujeto es capaz de ser receptor de la norma y, por ello, el Derecho Penal impuesto a él es

responsable por la aplicación de un castigo orientado a optimizar las esferas de libertad, con el respaldo de sus derechos y garantías fundamentales (Munoz-Conde, 2012, p. 45).

Por otro lado, está lo que Jakobs denomina derecho penal del enemigo. Según esta comprensión, existe un derecho penal excepcional, dirigido especialmente a individuos identificados por el sistema como enemigos, dado que son vistos como focos de peligro a ser neutralizados mediante la coacción estatal. Cambia el paradigma penal, en el sentido de que su propósito pasa a ser el combate a las delincuencias que violan expectativas y causan inseguridades a la identidad normativa de la sociedad y, con ello, la sanción deja de ser un foco retrospectivo, adoptando una visión prospectiva, es decir, de prevención de actos futuros (Polaino-Orts, 2014, p. 15).

El derecho penal del enemigo se caracteriza porque el sujeto no se presta a una garantía cognitiva de cumplimiento de la norma y, por ello, es tratado como foco de peligro. El enemigo representa un déficit de garantía cognitivo-normativa del derecho. Mientras que el Derecho Penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo presupone que el Estado puede apartarse de las garantías para combatir a los no ciudadanos; a los enemigos, en la medida en que estos se materializan en riesgos (Polaino-Orts, 2014, p. 15). Con esto, se institucionaliza un tratamiento penal desigual entre las personas.

Se basa en una prevención positiva, estableciendo la idea de que el Estado refuerza la fidelidad de los ciudadanos al orden constituido, con el objetivo de integración y estabilización social. Por ello, conceptos como causalidad, poder, capacidad y culpabilidad pierden su contenido jurídico y se transforman en etapas de competencia; produciéndose la anticipación de la culpabilidad del autor. Además, el uso de estos conceptos expresa la aplicación de un Derecho Penal simbólico, basado en la premisa de que la promulgación, aprobación de leyes y actuación del Poder Judicial se hacen para satisfacer clamores sociales (Jakobs, Melia, 2015, p. 41).

Así, la perspectiva del derecho penal del enemigo presupone que el sujeto tendrá la exclusión de sus derechos y garantías fundamentales, especialmente a nivel procesal. En este aspecto, se trata de una intervención excepcional del Estado, de modo que el propio Estado deja de cumplir las normas vigentes, excluyendo la incidencia de la norma garantista para quien incumple la norma del propio sistema.

En este sentido, podemos percibir una fuerte inclinación de esta propuesta hacia una imputación penal orientada al derecho penal del

autor. Esto ha generado diversas críticas a esta teoría. Entre las principales, Manuel Cancio Meliá afirma que no existe estabilización alguna de la norma; lo que hay, en verdad, es una demonización y exclusión de determinados grupos de infractores, a voluntad de la política criminal momentánea (Jakobs, Melia, 2015, p. 101).

En la misma línea, Eugênio Raul Zaffaroni también hace duras críticas al derecho penal del enemigo. Según el autor argentino, esta teoría provoca una rápida sucesión de enemigos y, en lugar de promover una sensación de seguridad en la sociedad, la angustia se eleva, ya que surge la necesidad de crear nuevos enemigos para calmarla, pues cuando no se consigue un chivo expiatorio adecuado, ni se logra reducir la anomia producida por la globalización, que altera las reglas del juego, la angustia se potencia de forma circular (Zaffaroni, 2014, p. 57).

Así, los merecedores de la norma garantista pueden ser fácilmente confundidos con los enemigos, ya que no hay aclaraciones suficientes sobre cómo identificar a estos no ciudadanos. Los derechos y garantías se reducirían para todos y todos estarían amenazados y en riesgo de ser procesados como supuestos enemigos y de ver violadas sus garantías (Zaffaroni, 2014, p. 54). Por lo tanto, admitir un tratamiento penal diferenciado para enemigos significa ejercer un control social más autoritario sobre toda la población, con el único propósito de identificar y combatir a los enemigos. Se invoca una falsa idea de eficientismo penal, propio de Estados autoritarios y en detrimento de un Estado de Derecho legítimo y democrático (Zaffaroni, 2014, p. 54).

Se trata, por tanto, de un Derecho Penal excepcional, en el que se excluyen derechos y garantías fundamentales, tanto a nivel material como procesal, con el presunto fin de combatir delitos. En realidad, estamos ante no una teoría, sino una amenaza real al orden democrático, dado que está orientado a un Derecho Penal políticamente erróneo e inconstitucional (Jakobs, Melia, 2015, p. 41).

Con la creciente visibilidad de esta teoría, surge la necesidad de analizar si, en el ámbito de las decisiones de los Tribunales Superiores, se han adoptado criterios del derecho penal del enemigo, haciendo que los autores sean seleccionados y excluidos de la incidencia de la norma garantista, solo por el delito que cometieron. Esto es lo que se pretende analizar a continuación, específicamente respecto a la decisión del Tribunal Supremo Federal en las Acciones Directas de Inconstitucionalidad 6.298, 6.299, 6.300 y 6.305, al reconocer la constitucionalidad del juez de garantías, pero excluir su aplicación en determinadas clases de procedimientos.

Juez de garantías: funcionamiento, discusión sobre la constitucionalidad y puntos problemáticos

Es conocido que la implementación formal en el ordenamiento jurídico brasileño del juez de garantías se dio solamente con la promulgación de la Ley Federal nº 13.964/2019. No obstante, este instituto remonta al período de posguerra, cuando era necesaria una mayor garantía de los derechos fundamentales de los individuos, especialmente en el ámbito del proceso penal. Actualmente, además de Brasil, ya está consolidado en varios países, como Portugal, Francia, Italia, Chile, Colombia y Estados Unidos (De Lima, 2020, p. 248).

En resumen, el instituto del juez de garantías surge como respuesta a un sistema basado en el juez instructor (Lopes Junior, 2020, p. 138), una figura notoriamente inquisitiva e inapropiada en un Estado democrático de Derecho. En este sentido, se sabe que la ratio central está vinculada a la garantía de imparcialidad del juzgador en el proceso penal, dado que la división entre la actuación jurisdiccional en la fase investigativa y la actuación en la instrucción penal, por dos jueces diferentes, confiere mayor seguridad frente a eventuales contaminaciones por prejuzgamientos en la fase de investigación. Además, el juez de garantías también constituye una figura primordial en el control de la legalidad de la investigación y en la salvaguarda de los derechos y garantías fundamentales del acusado (Lima, 2022, p. 324).

Lo que ocurre con la implementación del juez de garantías es una fragmentación de las responsabilidades de los jueces que actúan en una instrucción penal, cada uno con su función bien delimitada. No es un juez investigador y no se confunde con la figura del juez instructor, ya que no está autorizado a actuar de oficio ni conduce la investigación o analiza la conveniencia de las líneas investigativas y actuaciones de los órganos persecutorios (Comar, 2022, p. 335).

Desde esta perspectiva, la actuación del juez estará limitada a la provocación de los interesados, en cuestiones que interfieran en la esfera de derechos del investigado; es decir, será ajeno a los intereses de las partes del proceso, no pudiendo ejercer orientación alguna en la investigación preliminar, ni presenciar la producción de eventuales elementos informativos, salvo cuando sea estrictamente necesario (De Lima, 2020, p. 120). Por lo tanto, refuerza el papel garantista en la fase preliminar del proceso, dando efectividad a la imparcialidad de los juicios y al sistema acusatorio, conforme lo dispone el artículo 3º-A del Código de Proceso Penal.

Oficialmente, fue incorporado al ordenamiento jurídico brasileño por la Ley Federal nº 13.964/2019, conocida popularmente como el “paquete anticrimen”. Sin embargo, su vigencia permaneció suspendida precautoriamente desde marzo de 2020 hasta agosto de 2023, dado que, poco después de su entrada en vigor, se presentaron cuatro acciones directas de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal, cuestionando su supuesta incompatibilidad con el ordenamiento jurídico brasileño.

Las acciones que cuestionaban la constitucionalidad del juez de garantías abordaban puntos cruciales, como el supuesto vicio de iniciativa de la ley y la ofensa al pacto federativo, ya que pretendía modificar la organización y división del Poder Judicial, lo cual sería reservado exclusivamente a los propios miembros del Poder Judicial. Además, se alegaba que el instituto estaría también viciado por supuesta inconstitucionalidad debido a la presunta violación de la autonomía financiera y administrativa del Poder Judicial, por la ausencia de dotación presupuestaria previa para la implementación de los cambios organizacionales propuestos (Martins, 2024, p. 146).

Asimismo, se cuestionaba la constitucionalidad formal del instituto por tratarse de materia procedural del derecho procesal, que sería de competencia concurrente entre Estados y Unión, conforme lo dispuesto en el artículo 24, inciso XI y §1º de la Constitución Federal, y también por supuesta ofensa a la competencia privativa de los tribunales en materia de auto-organización, específicamente para la creación de nuevas jurisdicciones y creación y extinción de cargos. Se presentaron otros argumentos poco verosímiles, como la supuesta violación del principio del juez natural, al haber creado, en teoría, una instancia interna dentro del primer grado; violación del principio de igualdad y de la razonable duración del proceso y de la seguridad jurídica, ya que la persecución penal sería “dificultada” y se prevería una asimetría entre los grados jurisdiccionales (Martins, 2024, p. 146).

Distribuidas aleatoriamente a la relatoría del ministro Luiz Fux, este suspendió cautelarmente la vigencia del instituto, de forma monocrática, hasta que se discutiera definitivamente el fondo de las acciones presentadas. Según su decisión proclamada en ese momento:

[...] la implementación del sistema del juez de garantías no solo reforma, sino que refundamente el proceso penal brasileño y altera directa y estructuralmente el funcionamiento de cualquier unidad judicial en el país. Es una cuestión compleja que exige la reunión de mejores insumos que indiquen, por encima de toda duda razonable, los reales impactos para

los diversos intereses tutelados por la Constitución Federal, entre ellos el debido proceso legal, la duración razonable del proceso y la eficiencia de la justicia criminal (Brasil, 2023, ADI 6298).

Se hicieron diversas críticas a esta actuación, en el sentido de que, mientras la legislación en cuestión trajo el movimiento reformista más importante para liberar el proceso penal de su rancio autoritarismo e inquisición, con el fin de reducir el enorme atraso civilizatorio, la decisión liminar suspendió no solo artículos, sino la evolución y democratización del proceso penal (Lopes Junior, 2020, p. 25). Esto porque, durante casi cuatro años, las acciones no fueron llevadas a votación en el Supremo Tribunal Federal, dejando al juez de garantías como letra muerta en el Código de Proceso Penal y utopía en el ordenamiento jurídico brasileño.

Sin embargo, con el fallo definitivo en agosto de 2023, el Supremo Tribunal Federal, en su pleno, decidió la constitucionalidad del instituto, reconociendo su compatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico, entendiendo que se trata de materia de derecho procesal penal, de competencia privativa de la Unión, conforme lo dispone la Constitución Federal, siendo legítima la opción del legislador. En este sentido, el Supremo Tribunal Federal comprendió que la institución del juez de garantías vino a robustecer el modelo acusatorio del proceso penal constitucional, reforzando la imparcialidad y minimizando factores de contaminación subjetiva. Además, no se trata necesariamente de la creación de nuevos cargos, no generando nueva demanda, sino una redistribución del trabajo, una división funcional de competencias ya existentes (Martins, 2024, p. 147).

La Corte Constitucional hizo además algunas reservas respecto a su aplicabilidad. Según el fallo, el juez podrá actuar puntualmente y dentro de los límites establecidos, pudiendo ordenar diligencias suplementarias con el fin de dirimir dudas sobre cuestiones relevantes para la decisión de fondo. Por lo tanto, se descartó la idea de prohibir completamente la actuación probatoria del juez, prohibiendo solo su protagonismo en las fases de investigación e instrucción criminal y terminando la competencia del juez de garantías con la presentación de la acusación.

No obstante, el punto central de este trabajo se refiere a ciertas reservas en la aplicabilidad del instituto. Aun reconociendo su constitucionalidad y determinando su inclusión en el ordenamiento jurídico brasileño, el Supremo Tribunal Federal excluyó la aplicabilidad del juez de garantías en procedimientos originarios de los Tribunales (regidos

por la Ley 8.038/1990), procesos de competencia del Tribunal del Júri, casos de violencia doméstica contra la mujer e infracciones penales de menor potencial ofensivo.

La justificación radica en la supuesta presunción de imparcialidad dada a los procedimientos que requieren originariamente órganos colegiados para el juicio. En opinión de los ministros, la nueva ley dispensó la división de competencias entre las fases investigativa y procesal, quedando ambas fases a cargo de un órgano colegiado. Así, la colegialidad sería una salvaguarda suficiente para la imparcialidad del juez, razón por la cual se puede prescindir del juez de garantías para procesos de competencia originaria del segundo grado y, por la misma razón, para los de competencia del Tribunal del Júri. En este último, como la sentencia condenatoria la realiza el Consejo de Sentencia y no el magistrado que participó en la instrucción, su actuación, incluso presidiendo la sesión de juicio, no contaminaría la motivación del órgano juzgador; en este caso, el jurado.

Como se expone en el voto:

Como se ha demostrado aquí, el trato asimétrico tiene un fundamento claro: la colegialidad funciona como suficiente salvaguarda para la imparcialidad. Ese es el factor discriminante que justifica la diferencia de trato, evidenciando la compatibilidad de las normas en análisis con el principio de igualdad. De igual forma, debe excluirse la aplicación del juez de garantías en los procesos de competencia del tribunal del júri, dado que, en estos casos, el veredicto queda a cargo de un órgano colectivo, el consejo de sentencia. Por lo tanto, opera una lógica semejante a la de los tribunales: el juicio colectivo, por sí solo, es un factor de refuerzo de la imparcialidad (Brasil, 2023).

Por su parte, en cuanto a los casos que involucran violencia doméstica y familiar contra la mujer, la Corte entendió que requieren un procedimiento específico, más dinámico, apto para promover una pronta y efectiva protección de las víctimas. Así, el juicio por el mismo magistrado sería necesario, razón por la cual el legislador creó juzgados específicos y medidas cautelares puntuales de protección a la mujer.

Se observa en la redacción de la sentencia:

También se revela necesario reservar los procesos penales relativos a casos de violencia doméstica y familiar. De hecho, la violencia doméstica es un fenómeno dinámico, caracterizado por una línea temporal que comienza con la comunicación de la agresión. Después de esa comunicación, con el paso del tiempo, se produce o la mitigación o el agravamiento del cuadro. Una división rígida entre las fases de investigación e

instrucción/juzgamiento impediría que el juez conociera toda la dinámica del contexto de agresión. Por lo tanto, por su naturaleza, los casos de violencia doméstica y familiar exigen una disciplina procesal penal específica, que traduzca un procedimiento más dinámico, apto para promover una pronta y efectiva protección y amparo a la víctima de violencia doméstica (Brasil, 2023).

Por lo tanto, se concluye que, en las 1.216 páginas de la sentencia del Supremo Tribunal Federal, estos fueron los únicos fundamentos utilizados para justificar la exclusión de la competencia del juez de garantías en estos casos específicos. En ese sentido, debemos reconocer que se trata de justificaciones retóricas que no concuerdan con el principio de fundamentación y coherencia de las decisiones judiciales, configurando en verdad solo una forma de excluir, de forma específica, la incidencia de una garantía constitucional sin fundamentación adecuada.

Precisamente sobre las consecuencias de esta postura de la Corte Constitucional brasileña se tratará el próximo punto de este artículo.

¿Podemos afirmar que la exclusión del juez de garantías en determinados procesos constituye una aplicación del derecho penal del enemigo?

Como se vio en el capítulo anterior de este trabajo, los fundamentos utilizados por el Supremo Tribunal Federal para excluir la aplicación de una garantía constitucional a determinados casos y procesos no se ajustan a los parámetros adecuados de control de constitucionalidad y discrecionalidad judicial, función típica de la Corte Constitucional. A lo largo de las más de mil páginas de la sentencia, no se encuentran argumentos que concuerden con los principios constitucionales penales y con el estado democrático de derecho. En primer lugar, en cuanto a los juicios por órganos colegiados (léase procedimientos originarios de los tribunales y juicios de delitos dolosos contra la vida por el Tribunal del Jurado), se sostuvo que la presunción de que la colegialidad garantiza la imparcialidad del juez implica que no sería necesaria la separación de las fases procesales ni la presencia de otro magistrado para el seguimiento de la investigación, desvinculado de la decisión final.

Sin embargo, es sabido que cuando hablamos de derecho penal y especialmente del procedimiento procesal penal, es decir, desde la investigación policial hasta la sentencia, no cabe hablar de ninguna presunción de regularidad respecto al procedimiento estatal. Se trata

de la intervención estatal más gravosa en la esfera de libertad del individuo, por lo que no es posible sacar conclusiones e interpretaciones presuntas, especialmente si son perjudiciales para el acusado, como en el presente caso. En esta línea, todo lo referido a la disciplina penal debe estar escrito, ser estricto, cierto y previo; se aplica el principio de legalidad estricta, en privilegio de los diez axiomas del garantismo penal, consolidados por la Constitución Federal de 1988.

Además, todo procedimiento procesal penal debe estar debidamente descrito, ya que la previsión legal de su forma se manifiesta como garantía y previsibilidad para el acusado. Se trata de una garantía incorporada al ordenamiento jurídico brasileño, en privilegio del sistema acusatorio, de modo que no puede ser suprimida en determinados casos. Además, la imparcialidad del juez no puede ser presumida. Cuando estamos ante jueces que son seres humanos, influenciados por prejuicios, creencias y sesgos, no se puede presumir la rectitud en el juicio, sea individual o colegiado.

Si tomamos este punto bajo el alcance de la teoría de la disonancia cognitiva, cuando el magistrado responsable de la instrucción procesal mantiene contacto con el investigado y con los indicios producidos en el seno de la investigación policial, se forma una imagen previa del acusado. Aunque luego se construya una idea contraria, su ponderación parecerá ilógica, tendiendo el ser humano a eliminar las ideas conflictivas, volviendo a la normalidad, es decir, existe una tendencia a considerar como válida la primera construcción mental del juez (Festinger, 1975, p. 12). Dicho de otro modo, el individuo selecciona las ideas que más se aproximan a su visión inicial para reafirmar su prejuicio.

La regla de prevención vigente hasta entonces impedía una originalidad en la cognición del juez, causando verdaderos inconvenientes a la imparcialidad. Propiciaba riesgos de prejuizgamientos y contaminaciones cognitivas del magistrado, que ocurren de forma involuntaria, en su inconsciente, al tener contacto con los elementos informativos y unilaterales recogidos en la investigación. La impresión causada al conocer el contenido del expediente investigativo se traslada a la fase procesal, siendo difícilmente apartada del iter procesal (Comar, 2022, p. 336).

Por lo tanto, no existe salvaguarda de la imparcialidad por la colegialidad. Al contrario, la teoría de la disonancia cognitiva muestra exactamente lo opuesto. El contacto previo del juez con las pruebas afecta su percepción imparcial del caso, tanto en juicios individuales como colectivos. No hay limpieza presumida en los juicios colegiados.

Aplicando la teoría de la disonancia cognitiva a este contexto, la conclusión ante la decisión del Supremo Tribunal Federal es que el juicio y la decisión de excluir al juez de garantías de los procesos con juicios colegiados son problemáticos en ambos casos: en el primero, porque cuando hablamos de procedimientos originarios de los Tribunales, el acusado es juzgado por el mismo juez que lo investigó, siendo la única diferencia que el juicio será colegiado.

Y justamente eso es lo que la inclusión del juez de garantías pretende evitar. La imparcialidad del juez, en este caso, impactará directamente en la aplicación del derecho a la luz de la búsqueda de la verdad de los hechos y la consecuente sustitución de la autonomía de las partes en detrimento de sus derechos individuales, teniendo en cuenta la norma penal coercitiva tipificada como delito en el ordenamiento nacional, siendo deber del juez, como representante del Estado (Nunes, 2021, p. 140), limitar el ejercicio del *jus puniendi*, haciéndolo paritario e imparcial.

Por otro lado, en cuanto a los procedimientos del Jurado, aunque el juez presidente de la sesión no dictamine sobre la materialidad y autoría del delito, su postura durante la investigación y la instrucción en primera fase puede influir en el juicio en el pleno. Al fin y al cabo, es él quien determinará qué pruebas se podrán producir, así como decidirá sobre la acusación formal y sobre eventuales nulidades ocurridas en todas las fases (investigación, instrucción y pleno).

Asimismo, su postura y juicio valorativo como presidente de la sesión, así como sus decisiones a lo largo del iter procesal, pueden influir en la posición del Consejo de Sentencia, dado su rol de autoridad en un juicio realizado por legos; pues también tratamos con seres humanos, y las decisiones de personas con menos conocimiento sobre un tema se ven naturalmente influenciadas y justificadas por el recurso argumentativo del comportamiento y opiniones de autoridades; es el sesgo cognitivo del apelación a la autoridad.

Por sí solo, esto ya sería suficiente para que se implementara un juez de garantías. Dicho así, no hay forma de defender la postura del Supremo Tribunal Federal. Lo que ocurre, en verdad, es una exclusión arbitraria de una garantía constitucional a un determinado grupo de personas que cometan ciertos tipos de delitos o que están sujetos a procedimientos específicos, como se observa respecto a los juicios colegiados y al Tribunal del Jurado. Esto concuerda perfectamente con la problemática planteada en la crítica de Cáncio Meliá, ya que la fundamentación es superficial y retórica. Lo ocurrido in casu fue justamente

una selección y demonización de ciertos grupos de infractores, a capricho de la política criminal momentánea; es decir, una aplicación perfecta de la teoría del Derecho Penal del Enemigo, presumiendo que a ellos no es necesario protegerles la garantía de imparcialidad del juez.

La Corte Constitucional decidió excluir una garantía constitucional de determinado grupo de criminales, sin justificación plausible, configurando su posición una verdadera selección de autores; una tendencia a la creación de enemigos en nuestro ordenamiento jurídico, solo por el delito que cometieron. No se privilegiaron criterios de igualdad entre infractores, derecho también constitucionalmente garantizado. No obstante, el Supremo Tribunal Federal no excluyó la incidencia del juez de garantías solo de los procedimientos colegiados, sino también de los casos que involucran violencia doméstica y familiar contra la mujer. En este caso, el argumento es aún peor: según la Corte, se trata de un fenómeno dinámico que impone la necesidad de que el mismo juez conozca todo el proceso investigativo y judicial (Brasil, 2023).

Justificar la supresión de una garantía constitucional del acusado con la protección de la víctima y del proceso es subvertir la lógica del derecho procesal penal, que existe para limitar el poder punitivo del Estado, nunca para dar respuesta a la víctima sobre el delito cometido. Desde el momento en que el Estado abolió la venganza privada y asumió el *jus puniendi*, el proceso penal funciona como garantía constitucional, en la que el Estado tiene el monopolio de la administración de justicia, la aplicación del derecho y la prestación jurisdiccional. El proceso, aplicado formalmente como previsto por la ley, es el camino jurídicamente indispensable para imponer una sanción penal.

En este sentido, hay que entender que el respeto a las garantías fundamentales no se confunde con impunidad y jamás se defendió lo contrario. Como camino necesario para llegar legítimamente a la pena, solo se admite su existencia cuando, a lo largo de ese trayecto, se respetan rigurosamente las reglas y garantías constitucionalmente aseguradas, es decir, las reglas del debido proceso legal (Lopes Junior, 2010, p. 122). Por lo tanto, no corresponde al poder judicial excluir una garantía dada por el legislador como privilegio del sistema acusatorio, ni subvertir el debido proceso legal, ya que se trata de derechos humanos asegurados constitucional e internacionalmente.

Tampoco se podrá excluir dicha garantía bajo el argumento de protección de la dinamización de determinado procedimiento. Con ello, el derecho penal y las ciencias penales en su conjunto son desvirtuados a partir de un normativismo exacerbado y la restricción o relativización

de derechos y garantías fundamentales, dado que la verdadera función del derecho penal es proteger los bienes jurídicos considerados más importantes por la sociedad. No se puede negar, por lo tanto, la perfecta aplicación de la teoría de Jakobs en la decisión del Supremo Tribunal Federal.

La postura de la Corte aún ofende la Constitución, ya que viola criterios de igualdad, pues esta no admite que alguien sea tratado por el Derecho como mero objeto de coacción, despojado de su condición de persona (sousa, 2016, p. 1). Esta desnaturalización del individuo como ciudadano no está en consonancia con el contenido mínimo defendido por el estado democrático de derecho y no tiene respaldo técnico-jurídico para sostener la argumentación utilizada. El sentimiento de seguridad jurídica no puede tolerar que una persona, un ser capaz de autodeterminarse, sea privada de garantías constitucionales con fines meramente preventivos o bajo argumentos superficiales, en una medida impuesta solo por su inclinación personal a determinado delito, sin considerar la extensión del daño cometido y el grado de autodeterminación necesario (Zaffaroni, 2014, p. 55).

Como se dijo, no hay, en la teoría pretendida por Jakobs, una definición del concepto de enemigo, lo que admite una interpretación extensa y problemática, capaz de poner en riesgo a la sociedad en su conjunto y a la seguridad jurídica (Greco, 2012, p. 1). Esto se debe a que los ciudadanos pueden confundirse fácilmente con los enemigos y, en ese sentido, los derechos y garantías serían reducidos para todos y todos estarían amenazados y en riesgo de ser procesados como supuestos enemigos y tener sus garantías violadas (Zaffaroni, 2014, p. 54).

Admitir un tratamiento penal diferenciado para enemigos significa ejercer un control social más autoritario sobre toda la población, con el único propósito de identificar y combatir a los enemigos. Se invoca una falsa idea de eficiencia penal, propia de Estados autoritarios y en detrimento de un estado de derecho legítimo y democrático (Zaffaroni, 2014, p. 54).

Por lo tanto, es imperioso reconocer que retirar del poder judicial cualquier tendencia a funciones persecutorias está alineado con los ideales democráticos y acusatorios, de modo que el ejercicio de la actividad probatoria del juez estará limitado a la instrucción penal, de forma puntual y siempre supletoria a las partes. El juez pasa efectivamente a desempeñar el papel para el que fue investido: salvaguardar las garantías constitucionales, velando por la igualdad de armas entre el ejercicio del *jus puniendi* —en la medida en que este configura un

poder ejercido por el Estado y, por lo tanto, debe ser limitado— y la libertad del investigado, uno de los fundamentos del estado de derecho.

Se concluye, por lo tanto, que garantizar la subsistencia del sistema acusatorio es un imperativo del proceso penal moderno, frente a la actual estructura social y política del Estado. Es él quien asegura la imparcialidad y tranquilidad psicológica del juez que sentenciará, garantizando el trato digno y respetuoso al acusado, que deja de ser objeto procesal para asumir su posición de auténtica parte pasiva del proceso penal. También conduce a una mayor tranquilidad social, pues a través de su implementación se evitan abusos de prepotencia estatal, que pueden manifestarse en la figura del juez apasionado por el resultado de su labor investigativa y que, al sentenciar, olvida los principios básicos de justicia, pues trató al sospechoso como condenado desde el inicio de la investigación (Lopes Junior, 2016, p. 145).

Para el sistema acusatorio y el debido proceso legal no existen excepciones. No hay posibilidad jurídica plausible de excluir derechos y garantías fundamentales de alguien bajo la premisa de protección del propio sistema; es el derecho penal del enemigo en su esencia más simple. Para garantizar la seguridad jurídica del sistema, los criterios de igualdad deben siempre ser adecuados, bajo el riesgo de crear pánico y desconfianza social, con el endurecimiento del sistema penal y la posibilidad de que, en cualquier momento, sean ellos los nuevos “enemigos” del Estado. Al fin y al cabo, con esta lógica, ¿cómo garantizar que esto no ocurra?

Consideraciones finales

La teoría del derecho penal del enemigo, ampliamente debatida en la contemporaneidad, sigue generando diversas polémicas e interrogantes. Esto se debe a que se trata de una tesis sumamente controvertida, dado su presupuesto de exclusión de derechos y garantías a determinadas personas, por supuestamente no merecer la protección del derecho penal democrático.

En ese sentido, se justificó la temática propuesta en este artículo. Al abordar los puntos centrales de la teorización propuesta por Jakobs, se pretendió precisamente demostrar la problemática enfrentada respecto al tema, especialmente cuando se aplica en casos concretos y reales, en este caso específico, el juicio sobre la figura del juez de garantías.

Se buscó analizar, a lo largo de este trabajo, si la exclusión de la actuación del juez de garantías en los delitos de competencia del Tribunal del Jurado, en los procedimientos originarios de segunda instancia y en

los crímenes de violencia doméstica y familiar contra la mujer estaría en consonancia con los presupuestos garantistas del derecho penal liberal o si se aproximase a aquellos criterios abordados por la teoría del derecho penal del enemigo.

Esto porque, al excluir dicho instituto de esas categorías penales, el Supremo Tribunal Federal permitió que una garantía constitucionalmente asegurada no se aplicara a determinados sujetos, sin criterios verdaderamente claros y jurídicos que lo justificaran. Así, lo que ocurrió fue una exclusión arbitraria de una garantía constitucional a un grupo específico de personas que cometen ciertos tipos de delitos o que están sujetas a un procedimiento específico, lo que resultó en una selección y demonización de determinados grupos de infractores, al arbitrio de la política criminal del momento y bajo la presunción de que no es necesario proteger en estos casos la garantía de imparcialidad del juzgador.

No le corresponde al poder judicial excluir una garantía otorgada por el legislador como privilegio del sistema acusatorio, ni subvertir el debido proceso legal mediante un normativismo exacerbado, ya que la verdadera función del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos considerados más importantes por la sociedad. Se concluye, por tanto, que el juicio analizado se adecúa perfectamente a la teoría propuesta por Jakobs, lo que constituye una ofensa al estado democrático de derecho, al principio acusatorio, a la igualdad ante la ley y al principio de *ultima ratio*.

Referencias

- Brasil. Supremo Tribunal Federal. (n.d.). Ações diretas de inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512751&ori=1>
- Comar, D. (2022). *Imparcialidade e juiz das garantias* (Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo). Universidade de São Paulo.
- Costa, A. dos S. (2017). Análise do direito penal do inimigo frente ao Código Penal e princípios constitucionais. *Revista Intertem@s*, 34(34). <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/6782/6465>
- De Lima, R. (2020). *Manual de processo penal*. JusPodvm.
- Festinger, L. (1975). *Teoria da dissonância cognitiva*. Zahar.
- Greco, R. (2012). Direito penal do inimigo. *Jusbrasil*. <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>

- Jakobs, G., Meliá, M. C. (2015). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Livraria do Advogado.
- Lopes Júnior, A. (2010). *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 1. Lumen Juris.
- Lopes Júnior, A. (2016). *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. Saraiva.
- Lopes Júnior, A. (2020). *Direito processual penal*. Saraiva Educação.
- Martins, C. (2024). A constitucionalidade do juiz das garantias como instrumento de efetividade do sistema acusatório. *Revista Húmus*, 14(41). <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/24684>
- Moraes, A. (2011). *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Juruá.
- Muñoz-Conde, F. (2012). *Direito penal do inimigo*. Juruá.
- Nunes, D. Dias, A., Lehfeld, L. (2021). Do juiz das garantias como instrumento para assegurar a imparcialidade. *Dom Helder Revista de Direito*, 4(8), 127–152.
- Polaino-Orts, M. (2014). *Lições de direito penal do inimigo*. LiberArs.
- Zaffaroni, E. R. (2014). *O inimigo no direito penal*. Revan.