

Del derecho fundamental a la no aplicación de la sanción de la pena de muerte

Rocco Antonio Rangel Rosso NELSON*
RVLJ, N.º 12, 2019, pp. 97-111.

Sumario

Introducción 1. Breves apuntes históricos sobre la pena de muerte en Brasil 2. Críticas de la pena de muerte 3. El vicio de la pena de muerte y las repercusiones intrasistémicas –algunos puntos de debate– 3.1. De la «ley del sacrificio» 3.2. De la pena de extinción de la persona jurídica en la hipótesis de crimen ambiental Conclusiones

Introducción

Históricamente, la pena de muerte siempre estuvo presente en los más diversos sistemas jurídicos del mundo, constituyéndose en una de las penas principales y de aceptación pacífica por la sociedad, viniendo, tan solo con los ideales iluministas –siglo XVIII–, a ser ventilada la crítica sobre su desproporcionalidad e inhumanidad.

* **Universidade Federal do Rio Grande do Norte**, Master en Derecho Constitucional. **Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte**, Especialista en Ministerio Público, Derecho y Ciudadanía. **Universidade Potiguar**, Especialista en Derecho Penal y Criminología. **Centro Universitário FACEX**, ex-profesor de Derecho. **Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN)**, profesor de Derecho. roconelson@hotmail.com.

Artículo elaborado dentro de la línea de investigación: «Democracia, ciudadanía e derechos fundamentales», Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social do IFRN, Brasil.

En vista de una oposición, solo a partir de la edad moderna, la pena de muerte se constituye en arsenal del *jus puniendi* de una buena parte de los Estados contemporáneos. FERRAJOLI apunta la presencia de la pena de muerte en la gran mayoría de los países, aún:

... La pena de muerte está todavía presente en casi todo el mundo: solo 28 Estados la abolieron por completo; en 129 países –entre los cuales gran parte de los Estados Unidos, la Unión Soviética y casi todos los países africanos y asiáticos– se aplica incluso en tiempo de paz; y en otros 18 países, entre ellos Italia, Gran Bretaña y España, está prevista solo para el tiempo de guerra. Por lo tanto, las víctimas de la pena de muerte se cuentan, aún hoy, a los miles cada año. Solo en los Estados Unidos, en particular, se juzgó a 3862 personas de 1930 hasta hoy, en su mayor parte negros...¹

Como en la cartografía sobre la pena de muerte², adoptada en el globo, la situación descrita por FERRAJOLI sufrió alteraciones, principalmente en el seno europeo. Sin embargo, es cierto que la cantidad de legislaciones con la previsión de la pena de muerte sigue siendo extremadamente significativa, principalmente, en África, Asia y Oriente Medio.

En cantidad de ejecuciones se destaca China y luego Irán, Arabia Saudita, Irak y Pakistán, teniendo en el año 2016 el registro de 1634 ejecuciones por la Amnistía Internacional. En América, solo en los Estados Unidos se tiene el registro de personas ejecutadas en 2016³.

En el marco de la Constitución Federal de Brasil de 1988 se tiene la prohibición expresa de la pena de muerte, en el seno de los derechos fundamentales

¹ FERRAJOLI, Luigi: *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 2.^a, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006, p. 355 [trad. del equipo editorial].

² *Vid.* <https://www.acatfrance.fr/public/carte-1.png>.

³ «Por octavo año consecutivo, Estados Unidos fue el único país en realizar ejecuciones en la región de las Américas, con 20 personas ejecutadas en 2016 (ocho menos que en 2015). Este fue el menor número de ejecuciones registradas en un solo año desde 1991», *vid.* «Pena de morte 2016: fatos e números», en: <https://anistia.org.br/noticias/pena-de-morte-2016-fatos-e-numeros/> [trad. del equipo editorial].

individuales, lo que evidencia una clara limitación al *jus puniendi* estatal, exceptuando, tan solo, en la hipótesis de guerra declarada, a saber:

Artículo 5.- (...) XLVII- No habrá penas: a. De muerte, salvo en caso de guerra declarada en los términos del artículo 84, XIX...

Se destaca que el presente reglamento constitucional se constituye en una cláusula pétrea (artículo 60.4) por configurar en derecho individual del ciudadano, no pudiendo ser modificado por propuesta de enmienda a la Constitución –limitación material–, se suma a ello la cláusula de prohibición de retroceso prescrita en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 4.3): «... 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido»⁴.

Se señala, además, que Brasil es signatario del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual es competente para el juicio de crímenes de genocidio, contra la humanidad, de guerra y de agresión, y a pesar de la elevada gravedad de los referidos crímenes al ser procesados estableció como pena de mayor gravedad la pena perpetua, no permitiendo la pena de muerte⁵.

Artículo 77. Penas aplicables.- 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a. La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b. La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado...

En el Código Penal Militar brasileño está prevista la forma de ejecución de la pena de muerte –al cual dará vía al fusilamiento (artículo 56.- La pena de muerte es ejecutada por fusilamiento)–, así como los tipos penales perpetrados en tiempo de guerra⁶, en el que se aplica la pena analizada.

⁴ Ratificado por Brasil a través del Decreto N.º 678, del 06-11-92.

⁵ Ratificado por Brasil a través del Decreto N.º 4388, del 25-09-02.

⁶ Los crímenes militares en tiempo de guerra se encuentran en el Libro II del Código Penal Militar a partir del artículo 355.

El objetivo del presente trabajo es el análisis dogmático en cuanto a la dimensión normativa de la regla de la prohibición de la pena de muerte en el sistema jurídico brasileño, haciendo uso, para ello, de una metodología de análisis cualitativa, utilizando los métodos de abordaje hipotético-deductivos de carácter descriptivo y analítico, adoptando técnica de investigación bibliográfica.

1. Breves apuntes históricos sobre la pena de muerte en Brasil

Es importante hacer el relato histórico de la previsión de la pena de muerte en el ordenamiento jurídico brasileño.

Se encontraba prevista en el Código Criminal del Imperio⁷, no habiendo sido aplicada más a partir de 1865 y siendo excluida en el Código Penal republicano de 1890⁸.

La Constitución republicana de 1891 fue la primera constitución brasileña en vetar expresamente la pena capital:

Artículo 72.- La Constitución asegura a brasileños y a extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de los derechos concernientes a la

7 Código Penal Imperial de 1830: «artículo 38.- La pena de muerte se dará en la horca»; «artículo 39.- Esta pena, después de que se haya vuelto irrevocable la sentencia, será ejecutada al día siguiente de la intimación, la cual nunca se hará en la víspera de domingo, día santo, o de fiesta nacional»; «artículo 40.- El reo con su vestido ordinario, y preso, será conducido por las calles más publicas hasta la horca, acompañado del juez criminal del lugar, donde esté, con su escribano, y de la fuerza militar, que se ordene. Al acompañamiento precederá el alguacil, leyendo en voz alta la sentencia, que se vaya a ejecutar»; «artículo 41.- El juez criminal, que acompañará, presidirá la ejecución hasta que se ultime; y su escribano pasará el certificado de todo este acto, la cual se juntará al proceso respectivo»; «artículo 42.- Los cuerpos de los ahorcados serán entregados a sus parientes, o amigos, si los piden a los jueces, que presiden la ejecución; pero no podrán enterrarlos con pompa, bajo pena de prisión por un mes a un año»; «artículo 43.- En la mujer preñada no se ejecutará la pena de muerte, ni siquiera ella será juzgada, en caso de merecerse, sino cuarenta días después del parto».

8 Código Penal de 1890: «artículo 43.- Las penas establecidas en este Código son las siguientes: a. prisión celular; b. destierro; c. prisión; d. prisión con trabajo obligatorio; e. prisión disciplinaria; f. interdicción; g. suspensión y pérdida del empleo público, con o sin inhabilitación para ejercer otro; h. multa».

libertad, a la seguridad individual y a la propiedad, en los siguientes términos: (...) § 21. Queda, igualmente, abolida la pena de muerte, reservadas las disposiciones de la legislación militar en tiempo de guerra...

La Constitución Brasileña de 1937 –conocida como la Polaca– permitía al legislador prescribir la pena de muerte en los crímenes políticos y el homicidio cometido por motivo fútil o con extremos de perversidad.

Artículo 122.- (...) 13. No habrá penas corpóreas perpetuas. Las penas establecidas o agravadas en la nueva ley no se aplican a los hechos anteriores. Además de los casos previstos en la legislación militar para el tiempo de guerra, la pena de muerte se aplicará en los siguientes crímenes: a. intentar someter el territorio de la Nación o parte de él a la soberanía de Estado extranjero; b. con el auxilio o subsidio de Estado extranjero u organización de carácter internacional, contra la unidad de la Nación, procurando desmembrar el territorio sujeto a su soberanía; c. intentar por medio de movimiento armado el desmembramiento del territorio nacional, siempre que para reprimirlo sea necesario proceder a operaciones de guerra; d. intentar, con auxilio o subsidio de Estado extranjero u organización de carácter internacional, el cambio del orden político o social establecida en la Constitución; e. intentar subvertir por medios violentos el orden político y social, con el fin de apoderarse del Estado para el establecimiento de la dictadura de una clase social; f. la insurrección armada contra los poderes del Estado, así considerada aun cuando las armas se encuentren en depósito; g. practicar actos destinados a provocar la guerra civil, si ésta sobrevino en virtud de ellos; h. atentar contra la seguridad del Estado practicando devastación, saqueo, incendio, depredación o cualquier acto destinado a suscitar terror; i. atentar contra la vida, la incolumidad o la libertad del presidente de la República; j. el homicidio cometido por motivo fútil o con extremos de perversidad.

El referido dispositivo constitucional fue regulado por la Ley Constitucional N.º 1/38 y por el Decreto-Ley N.º 431/38.

Con la Constitución Federal de 1946 se tiene la prohibición, nuevamente, de la pena de muerte, salvo situación de guerra.

Artículo 141.- (...) § 31. No habrá pena de muerte, de prohibición, de confiscación ni de carácter perpetuo. Se reservan, en cuanto a la pena de muerte, las disposiciones de la legislación militar en tiempo de guerra con país extranjero...

En el período de la dictadura militar, en consonancia con la ideología de seguridad nacional, la pena de muerte fue nuevamente instituida a través del Acta Institucional N.º 14/69⁹, en el marco de la reforma constitucional N.º 1 de 1978¹⁰. Se destaca que en 1969, a través de la Ley de Seguridad Nacional, se tenía la previsión de diversos tipos penales donde la pena de muerte se encontraba prescrita como norma secundaria. *Verbi gratia*:

Artículo 8.- Entrar en entendimiento o negociación con gobierno extranjero o sus agentes, a fin de provocar guerra o actos de hospitalidad contra Brasil. Pena: reclusión, de 15 a 30 años. Párrafo único. Si los actos de hostilidad se desencadenan: Pena: prisión perpetua, en grado mínimo y muerte, en grado máximo.

2. Críticas de la pena de muerte

Los profesores ZAFFARONI y PIERANGELI hacen duras y acertadas críticas a la pena de muerte, afirmando que la misma no constituye una pena de hecho,

⁹ «Artículo 1.- El numeral 11 del artículo 150 de la Constitución de Brasil pasa a regir con la siguiente redacción: “Artículo 150.- (...) § 11. No habrá pena de muerte, de prisión perpetua, de prohibición, o confiscación, salvo en los casos de guerra externa psicológica adversa, o revolucionaria o subversiva en los términos que la ley determine. En el caso de enriquecimiento ilícito en el ejercicio de cargo, función o empleo en la Administración Pública, directa o indirecta”».

¹⁰ «Artículo 153.- (...) § 11. No habrá pena de muerte, de prisión perpetua, ni de prohibición. En cuanto a la pena de muerte, queda reservada la legislación penal aplicable en caso de guerra externa. La ley dispondrá sobre el perjuicio de bienes por daños causados al erario o en el caso de enriquecimiento en el ejercicio de función pública».

puesto que no alcanza ninguna de las finalidades preventivas de la misma, llegando a constituir, solo una forma de impedimento físico con la remoción en definitiva del ser humano, no vislumbrando ni siquiera justificación en el área del Derecho Penal Militar¹¹.

Para el actual horizonte de proyección del Derecho Penal, la pena de muerte queda fuera del concepto de pena. Vimos que en el Derecho Penal contemporáneo la pena tiene una función preventiva especialmente particular (...) reconocida incluso por los partidarios de la prevención general, ya que admite que la ejecución de la pena ejerza este papel. Pues bien, la llamada «pena de muerte» no cumple ninguna función de esta índole, sino simplemente la función de suprimir a un hombre, definitiva e irreversiblemente (...) Su tratamiento ya no es atribución del Derecho Penal, restando examinar si es admisible para el resto del orden jurídico¹².

Recuerdan los mismos autores que en Estados Unidos, país con tradición en lo que se refiere a la aplicación de la pena de muerte, en 1972, la Corte Suprema, en el caso *Furman vs. Georgia*, declaró la pena de muerte inconstitucional. En el voto del Ministro de Justicia BRENNAN, éste afirma que la pena de muerte constituye una pena cruel inusual, que va más allá del poder de

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y PIERANGELI, José Henrique: *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 6.^a, RT. São Paulo, 2005, p. 672, «Cabe preguntarse si nuestra afirmación abarca también la pena de muerte prevista en el ámbito del Derecho Penal Militar. Entendemos que la llamada pena de muerte no es pena en ninguna rama del Derecho Penal, pero que el Derecho Penal Militar en tiempo de guerra merece una consideración especial. La guerra es el fracaso del Derecho, es un fenómeno que escapó al Derecho. Frente a este fenómeno, la legislación de guerra no hace más que prever algunas consecuencias de esta especial circunstancia, entre las cuales cabe considerar la posibilidad de una situación de inculpabilidad, es decir, de inexigibilidad de otra conducta especialmente regulada, y frente a cuál se encuentra el ejército como institución de emergencia. Por supuesto, por “guerra externa” se debe entender el tiempo durante el cual hay un estado de guerra internacional que surja con todas sus consecuencias jurídicas, incluso la aplicación de las normas internacionales al respecto –trato concedido a los prisioneros, sumisión a la prohibición de ciertas armas etc.–» [trad. del equipo editorial].

¹² *Ibíd.*, p. 671.

infligir del Estado, violando así a las 8.^a y 14.^a enmiendas¹³. Sin embargo, tal entendimiento fue revisado en 1976, a pesar de no desnaturalizar la importancia del precedente de 1972¹⁴.

La crítica a la pena de muerte en el Estado Moderno, se presenta en la obra de Cesare BECCARIA—primer crítico en proponer la abolición de la pena de muerte—, la cual no vislumbra ningún fundamento jurídico para la pena de muerte, siendo esta contradictoria al propio el contrato social, ya que el ciudadano que cedió la fracción de su libertad para la formación del Estado nunca fue con el propósito de ceder, también, su vida.

¿Quién podría haber concedido a hombres el derecho de hacer degollar sus iguales? Tal derecho no tiene por cierto el mismo origen que las que

¹³ Furman vs. Georgia, 408 U.S. 238 (1972), decisión de 29-06-72: «Señor. Justicia BRENNAN, concurrente: La pregunta que se presenta en estos casos es si la muerte es hoy un castigo para el crimen que es “cruel e inusual” y, en consecuencia, en virtud de las Enmiendas VIII y XIV, más allá del poder del Estado para infligir» (p. 258). «Hay, entonces, cuatro principios mediante los cuales podemos determinar si un castigo en particular es “cruel e inusual”. El principio básico, que creo que proporciona el predicado esencial para la aplicación de los demás, es que un castigo no debe, por su gravedad, degradar la dignidad humana. La violación del paradigma de este principio sería la imposición de un castigo torturador del tipo que la cláusula siempre ha prohibido. Sin embargo, “es improbable que algún Estado en este momento de la historia”, Robinson vs. California, 370 U.S. en 370 U. S. 666, aprobaría una ley que estipule la imposición de tal castigo. De hecho, nunca ha habido un castigo semejante ante este Tribunal. Lo mismo puede decirse de los otros principios. Es poco probable que esta Corte enfrente un castigo severo que obviamente se inflige de manera totalmente arbitraria; ningún Estado se involucraría en un reino de terror ciego. Tampoco es probable que se solicite a esta Corte que revise un castigo severo que es clara y totalmente rechazado en toda la sociedad; ninguna legislatura podría ni siquiera autorizar la imposición de tal castigo. Por último, tampoco es probable que este Tribunal deba considerar un castigo severo que es evidentemente innecesario; ningún Estado hoy infligiría un castigo severo sabiendo que no había ninguna razón para hacerlo. En resumen, es poco probable que tengamos la oportunidad de determinar que un castigo es fatalmente ofensivo bajo cualquier principio» (p. 282), https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/238#writing-USSC_CR_0408_0238_ZC1 [trad. del equipo editorial].

¹⁴ Cfr. ZAFFARONI y PIERANGELI: ob. cit. (*Manual de Direito...*), p. 671.

protegen (...) Será el caso de suponer que por sacrificar una parte ínfima de su libertad, cada individuo haya deseado arriesgar la propia vida, el bien más precioso de todos? (...) La pena de muerte, pues, no se apoya en ningún derecho. Es una guerra que se declara a un ciudadano por el país, que considera necesario o útil la eliminación de ese ciudadano. Si yo comprobo, sin embargo, que la muerte nada tiene de útil o necesario, ganaré la causa de la humanidad¹⁵.

Además, señala el pensador iluminista, que la experiencia secular apunta el fracaso de la pena de muerte en inhibir la práctica criminal. «La experiencia de todos los siglos demuestra que la pena de muerte jamás detuvo a los hombres determinados a practicar el mal...»¹⁶.

NORONHA, en su clásico curso de Derecho Penal, sostiene que la eficacia del Derecho Penal está en la certeza del castigo, el cual se da en un procedimiento judicial y leyes justas. La pena de muerte es la inversa de la certeza del castigo¹⁷. «... Se aplique con exactitud nuestro Código Penal, se creen casas de custodia y tratamiento, manicomios judiciales, colonias agrícolas, etc., y el país no tendrá que pensar en pena de muerte»¹⁸.

Se termina este tópico con las palabras de HUNGRÍA y FRAGOSO: «... La justicia penal no puede reconocer la propia quiebra, aniquilando a los delincuentes, contra el deber de solidaridad humana, en lugar de buscar reivindicarlos moralmente, en la medida de lo posible, para su reajuste a la convivencia social»¹⁹.

¹⁵ BECCARIA, Cesare: *Dos delitos e das penas*. Martin Claret. Trad. Torrieri GUIMARÃES. São Paulo, 2005, pp. 51 y 52 [trad. del equipo editorial].

¹⁶ *Ibíd.*, p. 52.

¹⁷ *Cfr.* NORONHA, Edgard Magalhães: *Direito Penal*. Vol. I. 36.^a, Saraiva. São Paulo, 2001, p. 230.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 231 [trad. del equipo editorial].

¹⁹ HUNGRÍA, Nelson y FRAGOSO, Heleno Claudio: *Comentários ao Código Penal*. Vol. I, t. II, 5.^a, Forense. Rio de Janeiro, 1978, p. 472 [trad. del equipo editorial].

3. El vicio de la pena de muerte y las repercusiones intrasistémicas –algunos puntos de debate–

3.1. De la «ley del sacrificio»

En el ordenamiento jurídico brasileño hay previsión del abatimiento de aeronave clasificada como hostil, según el artículo 303, § 2 del Código Aeronáutico brasileño, modificado por la Ley N.º 9614/98:

Artículo 303.- La aeronave podrá ser detenida por autoridades aeronáuticas, hacendarias o de la Policía Federal, en los siguientes casos: i. si vuela en el espacio aéreo brasileño con infracción de las convenciones o actos internacionales, o de las autorizaciones a tal fin; ii. si, entrando en el espacio aéreo brasileño, no respetar la obligación de aterrizaje en el aeropuerto internacional; iii. para el examen de los certificados y otros documentos indispensables; iv. para verificar su carga en caso de restricción legal (artículo 21) o de porte prohibido de equipo (párrafo único del artículo 21); v. para averiguación de ilícito.

§ 1. La autoridad aeronáutica podrá emplear los medios que considere necesarios para obligar a la aeronave a efectuar el aterrizaje en el aeródromo que le sea indicado.

§ 2. A los medios coercitivos legalmente previstos, la aeronave será clasificada como hostil, quedando sujeta a la medida de destrucción, en los casos de los incisos antes citados en este artículo y previa autorización del presidente de la República o autoridad por él delegada...

El referido dispositivo legal fue regulado, tan solo, en 2004 por el Decreto N.º 5144, sin el debate y la publicidad debida en cuanto a la situación fáctica implicada. La cuestión de la destrucción de la aeronave considerada como hostil adquiere relevancia en la política de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes, en la que el crimen organizado hace uso de pequeños aviones para transportar la droga, partiendo de países proveedores a Brasil.

El propio Decreto N.º 5144/04 especifica cuando la aeronave será considerada sospechosa de tráfico de sustancias estupefacientes y drogas afines:

Artículo 2.- (...) i. adentrar el territorio nacional, sin Plan de Vuelo aprobado, oriundo de regiones reconocidas como fuentes de producción o distribución de drogas ilícitas; o ii. omitir a los órganos de control de tráfico aéreo informaciones necesarias para su identificación, o no cumplir determinaciones de estos mismos órganos, si está cumpliendo ruta presumiblemente utilizada para distribución de drogas ilícitas.

Hay diversos trabajos, artículos o monografías que vislumbran la mácula de la inconstitucionalidad de dicha Ley.

Nuestra Constitución contempla la dignidad de la persona humana como uno de los fundamentos de la República Federativa del Brasil y también determina que el país se regirá en sus relaciones internacionales por la prevalencia de los derechos humanos entre otros principios. De la misma forma, en el Título II, al prever los derechos y garantías fundamentales, entre otros contempla la inviolabilidad del derecho a la vida; la prohibición de la pena de muerte, salvo en caso de guerra declarada; la indemnidad de lesión o amenaza sin derecho a la apreciación por el Poder Judicial; garantía de que nadie será procesado o condenado sino por la autoridad competente; nadie será considerado culpable hasta el tránsito en juzgado de sentencia penal condenatoria; y que a todos se les asegura el debido proceso legal con el contradictorio y la amplia defensa. Por otro lado, la propia Constitución, en su artículo 60, § 4, inciso iv, prohíbe, incluso a través de la Enmienda Constitucional, la abolición de los derechos y garantías individuales en ella contemplados. Por lo tanto, es evidente que la Ley del sacrificio es totalmente inconstitucional, pues, como ya se ha analizado en el transcurso de este trabajo afronta todos los derechos y garantías enumerados²⁰.

²⁰ GONÇALVES, María Denise Abeijon Pereira: «A Lei N.º 9614/98: considerações acerca do tiro de destruição de aeronaves consideradas hostis ao Estado». en: *Âmbito Jurídico*, http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11373 [trad. del equipo editorial].

El profesor GOMES pronto se manifestó refractario sobre la llamada «Ley del sacrificio»: «La medida de destrucción en los términos del Decreto N.º 5144/2004, en suma, implica en ostensiva afrenta al texto constitucional y es incompatible con principios del ordenamiento jurídico brasileño»²¹.

Es cierto que la presente contienda da lugar al gran debate doctrinal²², teniendo en cuenta a aquellos que defienden la medida de sacrificio como válida.

En caso de que el piloto persista en la hostilidad, el mismo va a abrir el derecho de defensa así como se considerará invasor y, de esta forma, podrá ser interceptado y eventualmente abatido. No se trata, pues, de pena de muerte, como afirman algunos, ya que ésta sería caracterizada por una medida judicial, sino de una acción militar que apunta a la disuasión de la presencia clandestina de aeronaves en el espacio aéreo patrio²³.

Al evaluar la Ley, se percibió que la fase de autorización del tiro de destrucción es excepcional y cautelosa, pasando por otras diversas fases previas de interceptación pacíficas, siendo realizada solo cuando es necesaria y como última medida cabal para detener la aeronave, persiguiendo resguardar así, se reitera de nuevo, la soberanía y la seguridad nacional. La medida de seguridad adoptada en el presente caso, presenta una clara diferencia en cuanto a la pena de muerte, ya que poseen naturalezas y características distintas, teniendo en común solo la finalidad y justificación de aceptación, la de protección de soberanía, pudiendo el tiro de destrucción ser considerado nada más que una legítima defensa del Estado ante una amenaza.

²¹ GOMES, Luiz Flávio: «*Lei do abate: inconstitucionalidade*», en: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade> [trad. del equipo editorial].

²² «La ausencia de registros de derribo de aviones civiles por la FAB o de muertes ha golpeado temporalmente la mayor parte de las críticas a la Ley del Sacrificio, principalmente en el campo jurídico...», FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira y PINHEIRO, José Augusto de Oliveira: «*Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional*». En: *Revista Brasileira de Política Internacional*. Vol. 55, N.º 1. 2002, p. 87, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100005 [trad. del equipo editorial].

²³ COELHO, Fernando Gonçalves: «*A constitucionalidade da lei do abate ou do tiro de destruição*», p. 25, <http://www.sbdb.org.br/revista/1834.pdf> [trad. del equipo editorial].

En síntesis, la «Ley del Abatir» parece atender a las exigencias para la observancia de los preceptos de Derecho, coherente a los dictámenes constitucionales y la realidad del entendimiento del Estado brasileño en cuanto a la preservación de su soberanía y seguridad nacional, incluso ante el caso en que el derecho a la vida al parecer le es contrapuesto²⁴.

3.2. *De la pena de extinción de la persona jurídica en la hipótesis de crimen ambiental*

La Ley N.º 9605/98 que dispone sobre las sanciones penales y administrativas derivadas de conductas y actividades perjudiciales al medio ambiente, prevé la posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica.

En este caso de penalización de la persona jurídica, hay previsión de la liquidación de la misma cuando se ha identificado que su constitución ocurrió de forma preponderante para permitir, facilitar u ocultar práctica de crímenes de naturaleza ambiental. Esta prescripción se encuentra en el artículo 24 de la Ley de Crímenes Ambientales:

Artículo 24.- La persona jurídica constituida o utilizada, preponderantemente, con el fin de permitir, facilitar u ocultar la práctica de crimen definido en esta Ley, habrá decretado su liquidación forzada, su patrimonio será considerado instrumento del crimen y como tal perdido en favor del Fondo Penitenciario Nacional.

Hay doctrina que vislumbra la inconstitucionalidad de tal dispositivo, puesto que configuraría la «pena de muerte» para la persona jurídica. No obstante, somos de la opinión que no comprende inconstitucionalidad, ya que en una interpretación histórica, la negativa de la pena de muerte siempre se dirigió a la persona física y en este caso la pena excluiría al propio ser humano.

²⁴ LOPES, Marcelo Leandro Pereira y LOPES, Sarah Maria Veloso Freire: «A Lei 9614/98 (lei do abate) e a inviolabilidade do direito à vida: análise da proposta de ADI 1.00.000.000836/2005-71 SM-RS», p. 20, <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=231d831a778dc5cb> [trad. del equipo editorial].

La persona jurídica es una «ficción» que solo se legitima cuando atiende el principio de la función social de la empresa, el cual es la manifestación del postulado de la sociabilidad. Cuando se tiene una persona jurídica constituida con el fin de lesionar el bien jurídico medio ambiente, se tiene la quiebra de la función social de la empresa, que autoriza su desconstitución o extinción.

Conclusiones

A partir de una perspectiva de un Derecho Penal garantista, el cual propugna por la limitación del *jus puniendi* estatal, así como del más profundo sentimiento humanitario no se ajusta a la licitud de la pena de muerte como sanción penal, ni siquiera en hipótesis de crimen de guerra.

Es evidente que la pena de muerte no se constituye en una sanción penal en verdad, puesto que la sanción penal además del carácter retributivo solo se justifica cuando atiende, también, el carácter preventivo. La pena de muerte es el proceso de deshumanización de la persona, donde el carácter retributivo —la verdadera esencia de la pena para algunos— deja de tener razón de ser frente al exterminio del ciudadano infractor.

El recurso a la pena de muerte es evidencia del fracaso del Estado de Derecho e indicativo de un gobierno autoritario, donde se hace uso del Derecho Penal como solución a olas de violencia y de crímenes, quedando la norma penal en un mero simbolismo.

De suerte que entendemos que cualquier ley que la establezca, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Legislativo, ocasionaría la invalidez derivada de su inconstitucionalidad natural por incompatibilidad con la norma constitucional de prohibición de la pena de muerte, salvo en situación de guerra declarada.

El positivismo constitucional es claro, pena de muerte en Brasil, solo, en consecuencia de guerra declarada, conforme a los tipos penales militares prescritos para el tiempo de guerra.

Imaginar que el combate al narcotráfico puede justificar el abatimiento de aeronave en espacio aéreo brasileño por orden del jefe del Poder Ejecutivo Federal, no solo infringe la veda de la pena de muerte, como los postulados de la tripartición de los poderes, del debido proceso legal, del principio de la no culpabilidad, de la proporcionalidad, de la legalidad, viniendo a constituirse en un verdadero rasgo del sistema garantista brasileño.

Por último, en lo que se refiere a la sanción de liquidación de la persona jurídica en cara de infracción ambiental se entiende que el dispositivo del artículo de la Ley N.º 9605/98 no lesiona el reglamento del vedamiento de la pena de muerte, teniendo en cuenta que el *desiderato* del reglamento constitucional, históricamente, siempre se ha dirigido la figura del ser humano y en el Derecho contemporáneo la razón de ser de una persona jurídica es estar de acuerdo con el principio de la función social de la empresa.

* * *

Resumen: La presente investigación, haciendo uso de una metodología de análisis cualitativo, usando los métodos de abordaje hipotético-deductivos de carácter descriptivo y analítico, adoptando técnica de investigación bibliográfica, tiene por línea de fondo hacer un análisis dogmático de la norma que regla el vedamiento de la pena de muerte en el sistema jurídico brasileño, frente a la siempre existente crítica a la pena de muerte en sí, así como los problemas puntuales en lo que se refiere a la llamada «Ley del sacrificio» y la pena de liquidación de la persona jurídica como consecuencia de crímenes ambientales. **Palabras clave:** pena, muerte, estado, derecho. Recibido: 01-12-18. Aprobado: 12-03-18.