



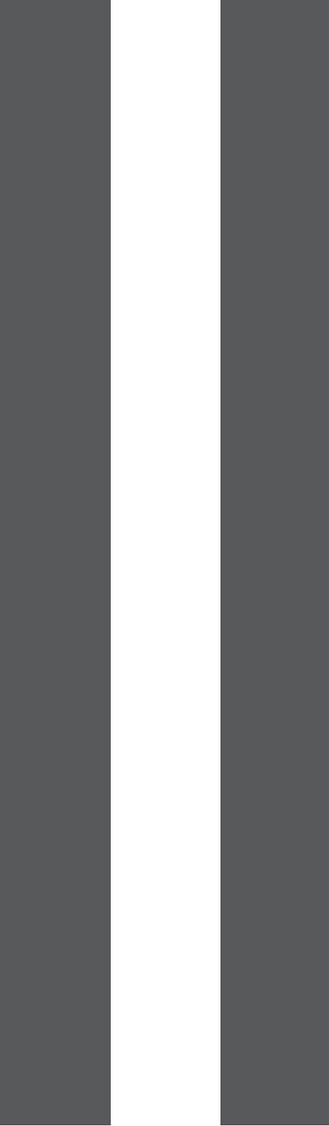
CÁRCERE BIOLÓGICO: NOVAS FORMAS DE PUNIÇÃO NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA

Hamilton Belloto Henriques

Prefácio por
Prof. Dr. Carlos María Romeo Casabona



D'PLÁCIDO
EDITORA



**CÁRCERE BIOLÓGICO:
NOVAS FORMAS DE PUNIÇÃO
NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA**

Hamilton Belloto Henriques

**CÁRCERE BIOLÓGICO:
NOVAS FORMAS DE PUNIÇÃO
NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA**



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.
Copyright © 2016, Hamilton Belloto Henriques.

Editor Chefe

Plácido Arraes

Produtor Editorial

Tales Leon de Marco

Capa

Bárbara Rodrigues da Silva

Diagramação

Bárbara Rodrigues da Silva

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



D'PLÁCIDO
E D I T O R A

Editora D'Plácido

Av. Brasil, 1843 , Savassi

Belo Horizonte - MG

Tel.: 3261 2801

CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

HENRIQUES, Hamilton Belloto

Cárcere biológico: Novas formas de punição na sociedade tecnológica -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-347-0

1. Direito 2. Direito Penal. 3. Teoria do Delito. I. Título II. Direito

CDU343

CDD 341.5

“... orientações friamente seguidas
por esses homens, que deveriam tremer ao
decidir da vida e da sorte de seus concidadãos.”

Cesare Beccaria

À minha mãe Maria Marlene, que desde a infância
fez nascer em mim o espírito de luta contra a opressão...
Aos meus filhos Lucas e Samantha, dois frutos do
Amor, que dão pleno sentido à minha vida...
À Gisele, cuja ternura, Amor e companheirismo,
fazem dos meus dias um caminhar de esperança,
livre, cheio de sentido existencial...
Obrigado, Amor, por essa realização!

SUMÁRIO

PREFÁCIO	13
APRESENTAÇÃO	21
Introdução	25
1. Os direitos da personalidade e seu alcance na contemporaneidade	37
1.1. Os direitos da personalidade: conceito, características e classificação.....	41
1.2. Início da Personalidade do homem.....	49
1.3. A dignidade da pessoa humana e seus limites.....	57
1.4. Dignidade humana e novas formas de repressão e prevenção do crime.....	65
2. Teoria das Medidas de Segurança e novas repostas ao delito	71
2.1. Medidas de Segurança e Reinserção social.....	88
2.2. Pressupostos de aplicação e princípios reitores: ponderação de bens e proporcionalidade.....	94
2.3. A defesa da sociedade contra o delito: um debate sem fronteiras temporais.....	96

3. Um novo paradigma: o inimigo como indivíduo imputável e perigoso	101
3.1. A imputabilidade penal como categoria da retribuição penal.....	107
3.2. O Direito Penal de “combate” como modelo de resposta ao indivíduo perigoso.....	111
3.3. Os caracteres próprios do Direito Penal do Inimigo e seu perfil histórico, jusfilosófico e teórico-político.....	113
3.4. A negação da condição de pessoa como paradigma do modelo atual.....	127
3.5. Aportes críticos ao Direito Penal do inimigo e sua força irradiante no sistema jurídico-penal.....	135
4. Panorama atual: a nova face das Medidas de Segurança no Direito Penal e Processual Penal	141
4.1. Psicocirurgia: aspectos históricos e procedimentos.....	149
4.1.1. Considerações acerca da constitucionalidade da psicocirurgia: viabilidade político-criminal (?).....	156
4.2. Castração química: aproximação conceitual e procedimentos.....	158
4.2.1. Considerações acerca da constitucionalidade da castração química: viabilidade político-criminal (?).....	160
4.3. Monitoramento eletrônico.....	164
4.3.1. Novidades introduzidas pela Lei nº 12.258/2010 no Código de Processo Penal.....	172

4.3.2 Considerações acerca da constitucionalidade do monitoramento eletrônico: viabilidade político-criminal (?).....	173
4.4. Identificação de perfis genéticos criminais e o retorno ao Positivismo lombrosiano	180
4.4.1. Novidades introduzidas pela Lei n° 12.654/2012 no Código de Processo Penal.....	190
4.4.2. Considerações acerca da constitucionalidade dos perfis genéticos criminais e sua viabilidade político-criminal.....	192
5. Conclusões.....	199
Referências.....	207

PREFÁCIO

Asistimos, aproximadamente desde comienzos del presente milenio, a un replanteamiento sobre las respuestas jurídicas que habría que dar a determinadas formas de criminalidad de las que son autores delincuentes imputables, es decir plenamente responsables penalmente, y que presentan una elevada peligrosidad criminal, o dicho de otro modo, un alto riesgo de volver a delinquir (reincidencia en sentido amplio). Añadamos que, como es lógico, esta preocupación se centra en los delincuentes responsables de delitos especialmente graves y que producen una gran inquietud y temor en la comunidad: ataques contra la vida y la integridad corporal y la salud de las personas, delitos contra la libertad sexual violentos, actos terroristas, etc. Son, además, delincuentes en los que es muy frecuente la reincidencia en sentido estricto. Algunos criminólogos incluyen por ello en este grupo a los delincuentes en serie (“*serial killers*”), prototipo criminológico que produce general alarma y particular rechazo, pero que, por el momento, es una figura extraña e infrecuente en las culturas latinas, pero relativamente frecuente en otras, como la anglosajona.

La sociedad urge respuestas y soluciones eficaces a los poderes públicos para lograr la erradicación de estas formas de delincuencia tan graves. Y los políticos se orientan a tranquilizar a la población centrando sus esfuerzos en modificar los códigos penales o las leyes de esta naturaleza introduciendo

do penas extremadamente graves en su duración y régimen (si son privativas de libertad: prisión permanente, revisable o no) y en su naturaleza (penas corporales), a la luz de las aportaciones más recientes de la ciencia y la tecnología. No se suelen tomar en consideración otro tipo de respuestas complementarias, sucesivas a las punitivas, ni preventivas de otro signo, no necesariamente penal, salvo en casos muy concretos (delincuencia de género, organizaciones criminales).

Hay que reconocer que es ésta una cuestión extraordinariamente compleja, pues no disponemos de soluciones eficaces, pero al mismo tiempo respetuosas con los derechos del delincuente. Es cierto que éste, aunque haya cometido delitos muy graves y rechazables, continúa siendo titular de sus derechos y libertades, bien que disminuidos en su ejercicio o disfrute como consecuencia de la condena derivada del hecho criminal cometido.

En realidad, el tratamiento penal del delincuente imputable gravemente peligroso continúa siendo una asignatura pendiente a la que los penalistas no hemos sabido aportar respuestas o enfoques equilibrados, y tampoco los poderes públicos, siempre más interesados en contentar a la sociedad a corto plazo que ir a la raíz de los problemas.

El estudio de algunos de estos problemas es lo que nos propone en la presente monografía su autor, don Hamilton Belloto Henriques. En concreto se centra el autor en las penas (o medidas de seguridad, según se hayan incorporado o discutido en los diversos sistemas jurídicos comparados) corporales, adoptando para describir este fenómeno el concepto de *biologización* de estas medidas de control o penas. Algunas de ellas son nuevas en su ejecución (los sistemas de control mediante monitorización electrónica), otras se han mantenido a lo largo de las pasadas décadas, pero de forma muy aislada en el derecho comparado (así, la castración en Alemania desde 1969), aunque se ha retomado en algunos países (castración química), y, finalmente, la psicocirugía,

que parecía olvidada después de los desastres y abusos que se cometieron en los EEUU de América a mediados del siglo pasado. Desde otra perspectiva del proceso penal, el autor también se ocupa de los perfiles de los marcadores del ADN como procedimiento biométrico en la investigación criminal, que ha sido objeto de regulación reciente en Brasil (Ley 12.654 de 2012). Las posibles derivaciones lombrosianas son todavía especulaciones sobre las que el futuro nos aportará la información pertinente.

Con muy buen criterio, el Sr. Henriques se plantea la cuestión desde la máxima cúspide normativa en Brasil: la Constitución Federal, pues es cierto que con estas penas y/o medidas pueden verse afectados directamente los derechos fundamentales, derechos humanos o derechos de la persona que aquélla reconoce. Pero un jurista implicado desde la primera línea de su trabajo en el respeto que merecen estos derechos como es el caso del sr. Hamilton Henriques no podía evitar someter todo su trabajo a un filtro previo y general, lo que merece el máximo elogio por la adopción de esta metodología en una materia penal: la dignidad de la persona, a la que con pleno acierto, ha dado cabida la Constitución Federal Brasileña (dicho sea de paso, también ha de reconocerse este mérito al constituyente español, pues su Constitución menciona asimismo explícitamente la dignidad de la persona en el art. 10).

Por otro lado, me parece digno de ser destacado que el Sr. Hamilton Henriques subraya que el marco jurídico-político en el que hay que situarse es el de un Estado Democrático y Social de Derecho, lo cual comparto también plenamente, pues sólo en una concepción semejante es posible legitimar tanto la intervención del Estado para ejercer el *ius puniendi*, incluso imponiendo consecuencias jurídico-penales graves, con el fin de responder a los intereses legítimos de la sociedad de ser y sentirse protegida frente a los delincuentes responsables de los delitos más gra-

ves, pero al mismo tiempo para legitimar y refrendar unos límites a los que debe estar sometido el Derecho Penal. En efecto, no todo es válido para atender al bienintencionado y exigible propósito de combatir la criminalidad, pues ya sabemos de antemano que no podremos erradicarla. En efecto, la criminalidad no deja de ser un fenómeno consustancial a la naturaleza humana, bien que patológico, y por ello el objetivo será lograr controlarla hasta unos límites en los que sea posible garantizar la convivencia social.

A partir de estos instrumentos constitucionales (la dignidad y los derechos de la persona) y del marco jurídico-político mencionado el Sr. Henriques analiza la compatibilidad constitucional de estas penas/medidas biológicas. En términos generales, las conclusiones del examen político-criminal respectivo que hace de forma rigurosa el autor no pueden ser más que negativas, de rechazo, sin perjuicio de algunas matizaciones que introduce.

Por lo que se refiere a la castración química apunta a su ilegitimidad constitucional por ser contraria a la dignidad humana, infringir el principio de adecuación a un fin determinado (para mí este principio no deja de ser una concreción de la dignidad, pues implica una instrumentalización del delincuente para fines preventivos, lo que se halla en contraposición con la concepción kantiana de la misma) y vulneración del principio de proporcionalidad.

A semejantes conclusiones llega en lo que se refiere a la psicocirugía, pero subrayando su ineficacia para prevenir ciertos trastornos conductuales no vinculados con problemas neuronales sino de carácter hormonal (p. ej., delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, utilizando la terminología jurídica española) y la posibilidad de optar previamente a la psicocirugía por medicamentos de elevada eficacia para modificar el comportamiento). No se olvide que tanto ésta como la castración buscan la modificación del comportamiento del delincuente (mediante la reduc-

ción de su agresividad y de la libido, respectivamente). Es indudable que, en la línea sostenida por el Sr. Henriques, estas medidas presentan serias dudas sobre su compatibilidad con los derechos fundamentales y libertades públicas propias de un Estado de Derecho.

La adopción de una decisión político-criminal sobre este tipo de reacciones punitivas o de control, exige varios análisis previos: hay que disponer de estudios criminológicos fiables que cuantifiquen la evolución de los delitos a los que se suelen asociar aquéllas, y descartar –o no– si estamos más bien ante una deformación de la realidad provocada por el mayor impacto mediático propio de la globalización; comprobar si se ha demostrado que estas medidas son eficaces más allá de su efecto meramente inocuidador (en este contexto: procedimientos que modifican la personalidad y con ella supuestamente también la peligrosidad del sujeto), asunto que igualmente se cuestiona Hamilton Henriques; si algunas de estas medidas comportan la modificación profunda de la personalidad del delincuente sometido a ellas (esto parece suceder con la psicocirugía y la castración química, pues como recordábamos más arriba, pretenden precisamente la modificación del comportamiento humano), lo que podría afectar en primer lugar al derecho a la integridad moral y a la propia identidad, además del derecho a la integridad física y psíquica; y si esta modificación es reversible y permanente o no. En cuanto a los derechos afectados habría que preguntarse, como lo hace Hamilton Henriquez, si en ocasiones no se estaría vulnerando también la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, prohibición implícita en el respeto de la dignidad de la persona, y recogida en numerosos instrumentos jurídicos internacionales y nacionales.

El Sr. Henriques reconoce que con el rechazo constitucional de este tipo de respuestas “biológicas” puede parecer que se está abriendo la puerta a una mayor presencia de

las penas privativas de libertad, pero explícitamente excluye la asunción de esta posible consecuencia. Es, efecto, otro de los puntos de discusión en la actualidad, son las penas (o medidas) privativas de libertad de larga duración o de duración indeterminada (para el delincuente imputable peligroso), lo que puede comportar una regresión a las fronteras del Derecho Penal totalitario, carente de seguridad jurídica, de proporcionalidad y del humanismo penal desarrollado a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado.

En este campo el Consejo de Europa ha aprobado una Recomendación sobre los delincuentes -imputables-peligrosos (de cuyo grupo redactor fui miembro), aprobado en 2014 (Comité de Ministros de 19 de febrero de 2014, Rec. [2014]3). Y aunque la base de este instrumento jurídico es la medida de seguridad de privación de libertad indeterminada, cuenta con medidas privativas o restrictivas de libertad alternativas a aquélla, y está rodeada de numerosas garantías que con el fin de evitar la arbitrariedad por parte de los órganos judiciales y sobre todo de los centros y empleados que están a cargo de estos delincuentes. De este modo se trata de encauzar una corriente cuantitativamente abrumadora que se ha establecido en la legislación penal de la Europa continental (incluso con sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), pero cuyo origen hay que buscarlo en el sistema jurídico anglosajón de ambos lados del Atlántico y en alguna elaboración doctrinal poco exitosa en Europa (Jakobs). Corriente caracterizada por su severidad y por la tendencia a suprimir garantías, sobre todo la seguridad jurídica, por lo que ha dado lugar a que sean numerosos sus detractores, pero al parecer, es una buena salida para los poderes públicos (rápida, barata y poco discutida por la población en general).

En fin, son numerosos y de primer orden los problemas que se plantean en esta monografía y cómo se hayan resuelto o cómo se resuelvan en el futuro por los legisladores

dará como resultado una imagen nítida de la caracterización del Derecho Penal de comienzos de este milenio.

Sólo me resta añadir que el Sr. Henríquez los ha abordado con valentía, los ha resuelto con prudencia y los ha respaldado con numerosos apoyos doctrinales y legales.

Deseo por ello felicitarle por el trabajo realizado y le animo a que continúe sus investigaciones sobre los temas que ha tratado en esta monografía, pues es uno de los problemas cruciales a los que se enfrenta el Derecho Penal de nuestros días y debemos conseguir entre todos que, dotando a nuestra disciplina de los instrumentos que irrenunciablemente requiere para cumplir su función social, lo haga dentro de unos cauces -límites- respetuosos con las garantías y límites a los que se venía sometiendo hasta hace pocos años el Derecho Penal. Además, el enfoque general de esta obra, de corte garantista que, como se ha visto en las líneas precedentes, comparto plenamente, será muy útil para la comunidad jurídico-penal del Brasil, pero también para las de otros países de la Región Latino-Americana; y desde luego para los poderes públicos, si tienen el buen gusto de leerla.

Si hay algunos delincuentes dispuestos a quebrar con nuestros sistemas de valores, la sociedad no puede responder renunciando a su vez a esos valores con el pretexto de perseguir a los infractores. No reaccionar de forma tan simplista y severa sería ya un indicio del avance de la civilización.

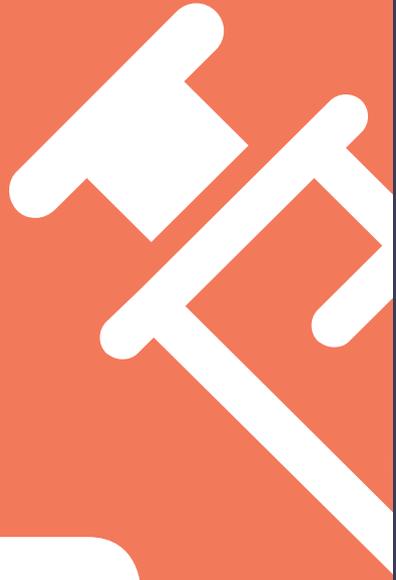
En Bilbao, Agosto de 2015.

Prof. Dr. iur Dr. med. Dr. h. c. mult.

Carlos María Romeo Casabona

Catedrático de Derecho Penal

Universidad del País Vasco, España



Esse não é um trabalho científico dirigido à resolução dos problemas da criminalidade e sua repercussão no meio social. Trata-se de um relato do que se pode constatar sobre as tendências do Direito Penal e suas respostas na sociedade pós-moderna, e sua coerência, ou não, com o sistema de garantias do ser humano positivados no Estado de Direito. O delito é um fenômeno característico das sociedades complexas, organizadas dentro de uma perspectiva produtiva, onde o desvio do comportamento humano ganha relevância ante a disfuncionalidade ou irritação causadas no tecido social, resultando em uma reação ou implementando mecanismos preventivos, tendentes respectivamente, a retribuir o mal, neutralizando seus efeitos, ou impedir que sejam repetidos no futuro, inocuizando o sujeito violador.



D'PLÁCIDO
EDITORA

www.livrariadplacido.com.br

ISBN 978-85-8425-347-0



9 788584 253470